Delta Economics Group Inc.

6225 Holly Park Drive
Delta (Colombie-Britannique)
Canada V4K 4T8

Tél. : (604) 946-6840 Téléc. : (604) 946-6841

Le traitement des gains en efficience dans l'examen des fusionnements : Une comparaison internationale

Présenté par :

Ann-Britt Everett et Thomas W. Ross

Université de Colombie-Britannique et Delta Economics Group Inc.

Le 22 novembre 2002

103-04945/

Delta Economics Group Inc.

6225 Holly Park Drive
Delta (Colombie-Britannique)
Canada V4K 4T8

Tél. : (604) 946-6840 Téléc. : (604) 946-6841

Le traitement des gains en efficience dans l'examen des fusionnements : Une comparaison internationale

Présenté par :

Ann-Britt Everett et Thomas W. Ross

Université de Colombie-Britannique et Delta Economics Group Inc.

Le 22 novembre 2002

TABLE DES MATIÈRES

1 Énoncé du but et introduction 1

1.1 But 1
1.2 Introduction 1
1.2.1 Motifs des fusionnements 3
1.2.2 Évolution de la perception des gains en efficience 6
1.2.3 Le rôle des gains en efficience et les buts de l'action antitrust 7
1.2.4 Types de gains en efficience 9
1.2.5 L'intégration des gains en efficience à l'analyse des fusionnements 13
1.2.6 Quels sont les gains en efficience qui comptent? 18
1.2.7 Gains en efficience comme contrepartie d'une diminution de la concurrence 20
1.3 Les chapitres suivants 25

2 Australie 26

2.1 Contexte général 26
2.2 Processus d'examen des fusionnements 27
2.2.1 Étapes de l'évaluation 28
2.2.2 Autorisations informelles 29
2.2.3 Demande d'autorisation 32
2.2.4 Poursuites pour contraventions de l'article 50 33
2.3 Contexte historique et évolution du rôle des gains en efficience 34
2.4 Définition et mesure des gains en efficience 35
2.4.1 Gains en efficience dans les examens informels et dans les poursuites pour infraction à l'article 50 35
2.4.2 Gains en efficience dans les demandes d'autorisation 38
2.5 Méthode et critère du bien-être utilisés 42
2.5.1 Examens informels et contravention de l'article 50 42
2.5.2 Demande d'autorisation 43
2.6 Gains en efficience et consommateurs 44
2.7 Gains en efficience propres au fusionnement 46
2.8 Possibilité de réaliser les gains en efficience d'une façon moins anticoncurrentielle 46
2.9 Élimination ou quasi-élimination de la concurrence 47
2.10 Gains en efficience dans l'examen d'autres contraintes à la concurrence 48

3 Union européenne 50

3.1 Contexte général 50
3.2 Processus d'examen des fusionnements 51
3.3 Contexte historique et évolution du rôle des gains en efficience 54
3.4 Définition et mesure des gains en efficience 55
3.5 Méthode et critère du bien-être utilisés 62
3.6 Gains en efficience et consommateurs 63
3.7 Gains en efficience propres au fusionnement et possibilité de les réaliser d'une façon moins anticoncurrentielle 64
3.8 La possibilité que les gains en efficience justifient ou compensent l'élimination ou la quasi-élimination de la concurrence 64

3.9 Énoncés de politique ou lignes directrices sur le traitement des gains en efficience dans l'examen des fusionnements 65

4 Royaume-Uni 66

4.1 Contexte général 66
4.2 Processus d'examen des fusionnements 66
4.3 Réforme prochaine 71
4.4 Contexte historique et évolution du rôle des gains en efficience 73
4.5 Définition et traitement des gains en efficience 74
4.6 Gains en efficience en regard d'autres restrictions de la concurrence 78

5 États-Unis 80

5.1 Processus d'examen des fusionnements 80
5.2 Contexte historique et évolution du rôle des gains en efficience 82
5.3 Définition et mesure des gains en efficience 86
5.4 Méthode et critère du bien-être utilisés 88
5.5 Gains en efficience et bien-être des consommateurs 90
5.6 Gains en efficience propres au fusionnement et possibilité de les réaliser d'une façon moins anticoncurrentielle 92
5.7 Gains en efficience et autres restrictions de la concurrence 93
5.8 Lignes directrices de l'Association des procureurs généraux des États-Unis 95

6 Conclusion 95

7 Bibliographie 99

8 Annexe A – Dispositions pertinentes sur les fusionnements en Australie 106

9 Annexe B – Dispositions pertinentes aux fusionnements dans l'Union européenne 108

10 Annexe C – Dispositions pertinentes aux fusionnements au Royaume-Uni 110

11 Annexe D – Dispositions pertinentes aux fusionnements aux États-Unis 112

1 Énoncé du but et introduction

1.1 But

La présente étude a été préparée à la demande du Gouvernement du Canada pour alimenter les discussions sur l'attention qu'il convient d'accorder aux gains en efficience dans l'examen des fusionnements au Canada. Le but immédiat du rapport consiste à examiner et comparer les approches adoptées par les organismes antitrust et les tribunaux de divers pays à l'égard des principes et des méthodes appliqués dans l'examen des fusionnements permettant d'importants gains en efficience en même temps qu'ils menacent – du moins dans une certaine mesure – la concurrence.

L'étude porte sur quatre aires de juridiction : l'Australie, l'Union européenne, le Royaume-Uni et les États-Unis. Il s'agit de modèles qui peuvent revêtir une grande importance pour le Canada puisqu'ils correspondent à d'importantes aires de juridiction dotées (comme l'est celle du Canada) d'économies modernes ainsi que de lois antitrust bien au point et d'organismes d'application de la loi qui sont professionnels et compétents. L'expérience vécue par ces instances sera assurément pertinente à la réflexion sur l'approche canadienne.

1.2 Introduction

Les fusionnements et acquisitions sont devenus une réalité omniprésente dans plusieurs économies de marché modernes. Même si la croissance affaiblie a quelque peu ralenti le rythme de l'activité en la matière depuis quelques années, il ne fait pas de doute que les économies dynamiques exigent le genre d'innovation structurelle que permet souvent d'accomplir la réaffectation d'éléments d'actif et de travailleurs spécialisés consécutive à un fusionnement. Dès lors, les fusionnements peuvent produire une vaste gamme d'avantages pour les clients, les actionnaires, les employés et les fournisseurs. Parmi ces avantages figurent évidemment des prix inférieurs, des produits de qualité supérieure et la création de nouveaux produits. Ce qui est moins évident est le fait que les fusionnements puissent contribuer à la stabilité de l'emploi, à la conservation et à la meilleure affectation d'aptitudes rares au sein de la main-d'œuvre et à une meilleure gestion des chaînes d'approvisionnement.

Cependant, tout en offrant des avantages possibles, les fusionnements peuvent entraîner certains risques pour les groupes mentionnés plus haut. Certains fusionnements se sont avérés des désastres notoires pour les entreprises en cause. La littérature économique fait état d'une accumulation de données empiriques indiquant qu'une partie importante des fusionnements ne produisent pas nécessairement les avantages que les entreprises fusionnantes attendaient[1]. Si dans ces cas les pertes échoient aux responsables de la transaction (ceux-là même qui auraient profité d'un fusionnement réussi), d'autres effets négatifs des fusionnements peuvent toucher des parties externes – soit principalement les clients et les concurrents. Les fusionnements peuvent contribuer à la création d'une puissance commerciale menant à des prix plus élevés pour les clients. Ils peuvent également mener à l'apparition d'entreprises dominantes susceptibles de profiter de diverses façons de leur position de force sur le marché au détriment de rivaux plus modestes. Par exemple, ils peuvent choisir de recourir à des techniques déloyales pour éliminer des rivaux plus petits ou ils peuvent insister pour que des fournisseurs évitent de vendre à ces rivaux.

C'est en raison de ces effets externes que plusieurs pays ont adopté des dispositions sur l'examen des fusionnements dans le cadre de leur arsenal antitrust. De fait, l'examen des fusionnements est devenu un des trois principaux éléments du droit moderne de la concurrence, avec les règles sur la fixation des prix et sur l'abus de position dominante. Le défi à relever en termes de politique publique consiste à prévoir une loi et à l'appliquer de façon à autoriser les fusionnements qui promettent d'importants avantages pour la société tout en bloquant (ou en restructurant) ceux qui sont plus nuisibles que bénéfiques. Deux questions difficiles se posent : (i) quels sont les effets de fusionnements qui doivent être considérés comme étant bénéfiques ou nuisibles; et (ii) quelles règles faut-il prévoir pour évaluer un fusionnement qui produit à la fois des effets bénéfiques et des effets nuisibles?

[1] Voir par exemple Mueller (1980) et la discussion dans Röller et al. (2000), p. 36-42.

1.2.1 Motifs des fusionnements

Les motifs des fusionnements sont nombreux et variés, mais la plupart relèvent de deux grandes catégories reconnues par les experts en affaires d'antitrust. D'une part, les fusionnements peuvent être motivés par une volonté de réaliser certains gains en efficience qui rendront l'entité fusionnée « meilleure » que les entités originales. Il peut se faire, par exemple, que le fusionnement permettrait de plus grandes séries de production, une meilleure utilisation de ressources rares de gestion ou la mise en commun d'importants éléments de propriété intellectuelle. Il peut en découler que les anciens produits soient réalisés à moindre coût ou que des produits nouveaux et supérieurs soient réalisés. D'autre part, un fusionnement peut relever d'une tentative des parties de réduire les pressions concurrentielles, créer une puissance commerciale et mener à des prix plus élevés. Évidemment, plusieurs fusionnements seront motivés par une volonté de réaliser ces deux avantages à la fois pour les actionnaires : coûts inférieurs et prix supérieurs. Si les coûts inférieurs peuvent être considérés comme un avantage pour la société (consommation de ressources réduites), les prix supérieurs nuisent aux consommateurs. Les divers effets d'un fusionnement peuvent être illustrés par un diagramme tel que celui de la figure 1[2]. Dans ce schéma, la ligne D représente la demande des consommateurs à l'égard d'un produit. Initialement – avant le fusionnement –, ce produit est réalisé et vendu au prix P1 qui, grâce à une concurrence vigoureuse entre les deux vendeurs, équivaut au coût unitaire (ou moyen) (CM1). Le fusionnement des deux entreprises crée une puissance commerciale, qui est démontrée par le fait que le prix augmente à P2 tandis qu'il crée d'importants gains en efficicence qui réduisent les coûts moyens jusqu'au niveau CM2. Le prix supérieur fait en sorte que les consommateurs achètent moins d'unités – le nombre d'unités vendues baisse de Q1 à Q2. Pour analyser l'impact du fusionnement pour les consommateurs et les actionnaires, nous devons mesurer l'effet de ces changements de prix et de quantité sur leur bien-être dans ce marché. Nous le faisons en recourant aux concepts économiques de surplus des consommateurs et de surplus des producteurs.

---

[2] Ce genre de diagramme a été popularisé par Oliver Williamson (1968) dans sa discussion des gains en efficience et de l'examen des fusionnements. Nous l'utilisons ici aux fins d'illustration et non comme méthode précise d'évaluer les effets du fusionnement. Williamson a reconnu lui-même que l'analyse peut être compliquée par des facteurs tels que la puissance commerciale préexistante et le fait que des entreprises qui ne sont pas parties au fusionnement peuvent ou non réaliser des gains en efficience.

Le surplus des consommateurs correspond à la différence entre ce que les consommateurs doivent payer pour une quantité donnée d'un bien et le maximum qu'ils auraient été disposés à payer pour cette quantité. Dans un schéma comme celui de la figure 1, cette différence est représentée par la superficie sous la courbe de la demande (qui indique la valeur qu'accordent les consommateurs à chaque unité supplémentaire) et au-dessus de la ligne indiquant le prix qu'ils payent effectivement. Avant le fusionnement, les consommateurs bénéficiaient d'un surplus égal à la somme des superficies A+B+C. Après le fusionnement, en raison du prix supérieur, leur surplus se réduit à la seule superficie A. Le surplus des entreprises peut être représenté ici par leurs bénéfices – ou la différence entre les revenus qu'ils enregistrent et les coûts qu'ils paient. Le bénéfice par unité est la différence entre le prix et le coût unitaire ou moyen. Avant le fusionnement, les bénéfices étaient nuls puisque P1=CM1[3]. Après le fusionnement, les bénéfices unitaires augmentent, équivalant à la différence entre le nouveau prix (P2) et le nouveau coût moyen (CM2). Les bénéfices totaux sont maintenant illustrés par les superficies B+E.

[3] Nous faisons ici allusion aux bénéfices économiques en surplus de ce qui constitue un rendement normal du capital (compte tenu du niveau de risque). Ainsi, une entreprise réalisant des bénéfices économiques exactement nuls connaît le succès auquel on peut s'attendre dans le cas d'une entreprise compétitive et n'a aucune raison de quitter le marché; elle recouvre tous ses coûts et touche un rendement normal pour le capital investi. Il est sous-entendu ici que pour les économistes, les coûts comprennent la totalité des coûts d'opportunité associés à toutes les ressources servant à la production. C'est dire que les coûts figurant dans le diagramme ci-dessus comprennent une rémunération normale du capital investi.

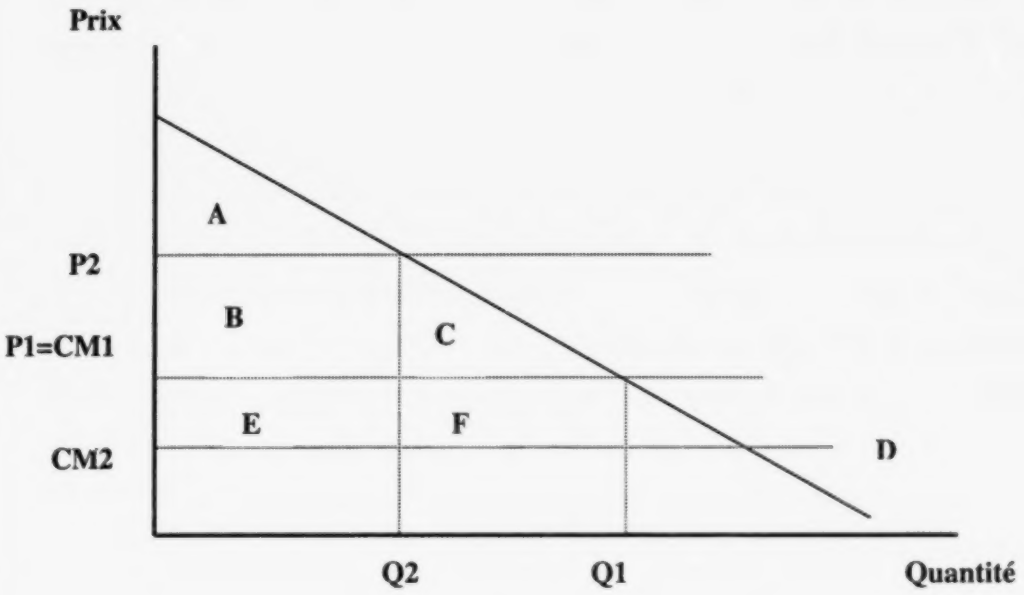

Figure 1

Il faut noter que la superficie B, perdue par les consommateurs, a été gagnée par les entreprises. Il s'agit donc d'un transfert de surplus, des acheteurs aux vendeurs. La superficie C est le surplus des consommateurs perdu par les consommateurs mais non transféré aux entreprises; c'est une perte de poids mort représentant le surplus perdu par la société en raison de la diminution de production des entreprises. La superficie E, par contre, représente le nouveau surplus créé par la production plus efficace de l'entreprise fusionnée.

Nous pouvons donc constater que le fusionnement produit ici trois effets principaux : la restriction de la production a créé une perte de poids mort (superficie C); le prix majoré a transféré des surplus des consommateurs aux producteurs à l'égard de la quantité d'unités qui est toujours vendue (superficie B); et les gains en efficience ont diminué les coûts de production de cette quantité (superficie E). Les universitaires qui s'intéressent aux questions d'antitrust sont généralement d'accord que la perte de poids mort est une chose négative pour la société et que

les gains en efficience sont une chose positive. Les points de vue sur l'impact social des transferts sont moins uniformes, ce qui explique en partie la diversité des approches que nous examinons ci-dessous.

1.2.2 Évolution de la perception des gains en efficience

De nombreux pays se penchent actuellement non seulement sur la façon de mesurer ces effets, mais sur le poids qu'il faut leur accorder. Il est révélateur que la plupart des administrations examinées dans la présente étude envisagent de modifier leur approche de l'évaluation des gains en efficicence dans les cas de fusionnements ou ont récemment annoncé des changements.

(i) En Australie, les lignes directrices sur les fusionnements publiées en 1999 décrivaient de façon plus exhaustive la façon de tenir compte des gains en efficicence dans l'examen de fusionnements; certains revendiquent maintenant de nouvelles révisions à la législation, pour la rendre plus favorable aux arguments de gains en efficience[4].

(ii) Dans l'Union européenne, une pression croissante s'est exercée sur la Commission pour qu'elle considère les gains en efficicence de façon plus positive, après que d'aucuns se sont inquiétés du fait que dans plusieurs dossiers, ils n'aient pas reçu toute l'attention souhaitable. Cette préoccupation s'est à nouveau manifestée récemment lorsque la Commission a rejeté le fusionnement GE-Honeywell. La Commission a décidé en juin 2000 d'entreprendre un examen de fond du Règlement sur les concentrations et un livre vert décrivant des réformes possibles a été rendu public en 2001. Ce livre vert sollicitait les commentaires sur la façon dont les gains en efficience pourraient être intégrés, sans préconiser une approche particulière. Le commissaire Monti a affirmé qu'il favorise pour sa part la création d'une défense fondée sur les gains en efficience[5].

---

[4] Voir par exemple Williams et Woodbridge (à venir).

[5] Monti (2002), p. 5.

(iii) Au Royaume-Uni, le gouvernement a un livre blanc (en 2001) décrivant les changements possibles à sa législation sur la concurrence, en partie pour l'aligner davantage sur le modèle utilisé pour l'Union européenne. Dans l'attente des changements imminents, il y a récemment eu une réduction marquée dans les interventions politiques à l'égard des prises de décisions dans les affaires d'antitrust.

(iv) Aux États-Unis, la façon dont les organismes d'application de la loi et les tribunaux traitent les gains en efficicence dans les fusionnements continue d'évoluer. En 1997, les lignes directrices sur les fusionnements de la Federal Trade Commission et du ministère de la Justice ont été révisées pour prévoir un traitement plus détaillé des gains en efficience. Les responsables de l'application de la loi continuent d'affirmer publiquement à quel point les gains en efficience sont traitées avec égards dans l'examen des fusionnements[6].

1.2.3 Le rôle des gains en efficience et les buts de l'action antitrust

On peut raisonnablement affirmer qu'un certain consensus s'est formé sur certains des buts qu'il convient de viser dans la politique de concurrence. Aujourd'hui, on conçoit généralement que la politique de concurrence soit un outil pour protéger et rehausser la compétitivité des marchés, non pas uniquement au nom de la concurrence en soi, mais parce que la concurrence engendre certains avantages jugés précieux[7]. Ce qui est peut-être le plus important est que selon les économistes, la concurrence contribue à une affectation efficace des ressources, facilitant la création de richesses et améliorant les niveaux de vie. La concurrence peut avoir d'autres

---

[6] Dans l'introduction d'un cahier spécial consacré aux modifications apportées en 1997 aux lignes directrices américaines sur les fusionnements, Weiner (1997) juge qu'il est une tendance qui semble évidente en matière de prise de décisions dans les affaires d'antitrust : la rigidité des règles non discrétionnaires et des présomptions fondées sur les parts de marché est en voie d'être abandonnée en faveur d'une analyse plus vaste et de la recherche d'un équilibre entre effets anticoncurrentiels et gains en efficience favorables à la concurrence.

[7] Il n'y a pas consensus à l'effet que ce soit l'unique but de la politique de concurrence et nous ne voulons pas laisser entendre qu'il y existe un tel consensus. Il y a par exemple désaccord quant à savoir si la politique de concurrence devrait servir à protéger les consommateurs contre des prix plus élevés et à protéger les petites entreprises dans la concurrence qu'elles livrent aux grandes entreprises.

conséquences appréciées, qui ne sont pas nécessairement indépendantes des gains en efficience, comme le fait d'offrir aux consommateurs des prix plus bas et un choix de produits plus vaste, de protéger les plus petites entreprises d'abus de la part d'entreprises plus grandes et de faciliter l'intégration économique d'aires géographiques distinctes.

Il est important de reconnaître que la concurrence et les gains en efficience sont deux choses différentes, que les fusionnements peuvent avoir des effets indépendants sur les deux et que ces effets peuvent dans chaque cas être positifs ou négatifs. En ce qui concerne d'abord les effets des fusionnements sur la concurrence, il faut avant tout une façon de mesurer la concurrence – c'est-à-dire de déterminer ce que signifie le fait d'avoir plus ou moins de concurrence. La concurrence peut se mesurer selon le nombre de concurrents, selon leur distribution d'après la taille ou selon une évaluation qualitative quelconque de la vigueur de leur rivalité. Cependant, l'approche qu'adoptent le plus souvent les économistes consiste à évaluer la compétitivité d'un marché d'après la proximité du prix du marché par rapport au prix concurrentiel – où ce dernier est considéré être le coût marginal à long terme du bien en cause. Il peut être mesuré, par exemple, en utilisant l'indice Lerner – l'écart en pourcentage entre le prix et le coût marginal[8]. Bien que la concurrence soit un processus, elle est mesurée ici d'après son effet sur les prix. Les fusionnements qui réduisent la concurrence se reconnaîtraient d'après les augmentations qui s'ensuivraient dans l'indice Lerner.

Les fusionnements peuvent augmenter ou réduire la concurrence sur un marché mesurée de cette façon. Si un fusionnement intègre deux petites entreprises et leur permettent de réaliser d'importants gains en efficicence grâce à des économies d'échelle, il pourrait mener à des prix plus bas (et un indice Lerner plus bas) en faisant des deux entreprises un seul concurrent plus puissant face aux grandes entreprises présentes dans le marché. En revanche, si un fusionnement réduit le nombre de concurrents vigoureux ou élimine un concurrent particulièrement efficace, il peut assurément réduire la compétitivité du marché.

---

[8] Pour être précis, l'indice Lerner (L) est calculé comme suit : L = (prix – coût marginal)/prix. Dans un marché parfaitement concurrentiel, L=0 puisque le prix est égal au coût marginal. Dans un marché monopolistique, on peut démontrer que L=1/e, où e est l'élasticité de la demande dans le marché.

En somme, il importe de reconnaître que les fusionnements peuvent engendrer des gains en efficience et changer la concurrence. Leurs effets sur la concurrence peuvent être directs, par exemple en réduisant le nombre de concurrents vigoureux, ou indirects par le biais des gains en efficience, par exemple lorsque des entreprises plus efficaces deviennent des concurrents plus forts. Il faut donc admettre que, à l'égard des gains en efficience et de la concurrence, un fusionnement peut produire un de ces quatre résultats[9] :

(i) des gains en efficience et une augmentation de la concurrence;

(ii) une réduction de l'efficience et une réduction de la concurrence;

(iii) des gains en efficience mais une réduction de la concurrence;

(iv) une réduction de l'efficience et une augmentation de la concurrence.

Si nous prévoyons une issue de la catégorie (i), il n'y a guère de justification pour une intervention antitrust, tandis que si une issue de la catégorie (iv) est prévue, les parties ne proposeront pas de fusionnement. Les autorités antitrust demeurent donc face aux cas (ii) et (iii). Les fusionnements relevant de la catégorie (ii) ne surviennent que si la réduction de la concurrence est suffisante pour compenser les coûts supérieurs de l'entreprise, auquel cas aucun des pays étudiés ici ne serait susceptible de les considérer favorablement[10]. Pour approuver un tel fusionnement, les autorités devraient accorder davantage de poids aux intérêts des parties au fusionnement qu'à ceux des consommateurs. Par conséquent, dans ces pays, les affaires difficiles sont celles de la catégorie (iii), qui réduisent les coûts mais également la concurrence.

1.2.4 Types de gains en efficience[11]

En ce qui concerne les gains en efficience qui représentent de réelles économies de ressources, il y en a en termes généraux quatre genres dans l'examen des fusionnements : (i) les gains liés à la productivité; (ii) les gains liés à l'affectation des ressources; (iii) les gains d'efficience

---

[9] Évidemment, il est également possible qu'il n'y ait aucun effet sur l'efficience ou sur la concurrence.

[10] Un tel cas surviendrait si deux entreprises se trouvant seules dans un marché s'unissaient uniquement pour des motifs de puissance commerciale. Les coûts de réalisation du fusionnement et les éventuelles inefficiences-X qui surviendraient après le fusionnement pourraient rendre l'entreprise fusionnée moins efficiente.

[11] Ces types de gains en efficience font l'objet d'une discussion intéressante dans Kolasky et Dick (2002).

dynamique; et (iv) les gains liés aux transactions[12]. Le point commun entre ces divers types de gains en efficience est qu'ils affectent des ressources rares de façon à produire des économies réelles de ressources. De plus, il est possible que le fusionnement engendre des gains en efficience de nature pécuniaire – c'est-à-dire de simples transferts d'autres acteurs de l'économie plutôt que de réelles économies de ressources. Bien que ces gains soient moins pertinents dans l'analyse des fusionnements dans une optique antitrust, ils peuvent ne pas être complètement sans pertinence. Ils seront également examinés, brièvement, dans une des sections suivantes.

Les gains en efficience productifs sont associés à l'aptitude d'entreprises d'extraire un maximum d'extrants à partir d'un minimum d'intrants compte tenu des contraintes technologiques actuelles. Les fusionnements peuvent produire des gains en efficience productifs de plusieurs façons. Nous mentionnerons ici trois exemples généraux. Premièrement, l'entreprise fusionnée peut profiter d'économies d'échelle grâce à de plus longues séries de production ou à la mise en commun d'immobilisations. Deuxièmement, les entreprises se fusionnant peuvent avoir des spécialités complémentaires dont la combinaison produit des synergies permettant à la nouvelle entreprise d'assurer un meilleur rapport qualité-prix[13]. Troisièmement, les entreprises se fusionnant peuvent être complémentaires à l'égard des extrants de telle sorte que l'entreprise fusionnée réalisera des économies de gamme. Celles-ci surviennent lorsqu'il est moins coûteux d'offrir un ensemble de produits que d'offrir les produits individuellement. Les fusionnements qui permettent à des entreprises d'offrir des gammes de produits plus complètes et ainsi de réaliser des économies dans les coûts de marketing ou de distribution peuvent engendrer ce genre d'avantages.

Bien qu'on en parle moins, il peut aussi arriver que des fusionnements aient en définive un effet nuisible sur l'efficience dans la production. Le cas le plus évident à ce titre est celui d'un fusionnement qui ne « réussit » pas, en ce sens où les deux organisations ne parviennent pas à s'intégrer – par exemple, où on ne réussit pas à résoudre les problèmes de production ou de

---

[12] L'efficience des transactions n'est pas toujours mentionnée comme un type distinct d'efficience. Cependant, suivant en cela Kolasky et Dick (2002), nous jugeons utile de lui donner sa propre catégorie.

[13] Par exemple, une entreprise peut avoir un programme de gestion des ressources humaines particulièrement efficace et l'autre peut être supérieure dans la production.

ressources humaines[14]. Cependant, des inefficiences peuvent aussi résulter d'un fusionnement qui crée une puissance commerciale abritant l'entreprise fusionnée de la pression concurrentielle à contenir les coûts. Nous faisons allusion ici à ce que les économistes appellent « inefficience-X » – c'est-à-dire, en somme, les inefficiences qui surviennent lorsque des entreprises jouissant d'une puissance commerciale deviennent paresseuses en ce qui concerne le contrôle des coûts. Sans la pression de la concurrence, les coûts peuvent graduellement augmenter[15].

En termes généraux, les gains en efficience liés à l'affectation des ressources sont réalisés lorsque des entreprises produisent toutes les unités que les consommateurs sont disposés à payer selon le coût marginal de production (c'est-à-dire que les entreprises produisent la quantité « optimale ») et lorsque toute la quantité produite est allouée aux acheteurs qui y accordent la plus grande valeur. Les fusionnements peuvent favoriser les gains en efficience liés à l'affectation ou y nuire. Le plus grand risque est qu'ils fassent obstacle aux gains en efficience liés à l'affectation en créant une puissance commerciale qui permet aux entreprises d'augmenter les prix en réduisant la quantité produite sous le niveau optimal. Si le fusionnement confère aux entreprises l'aptitude de faire de la discrimination par les prix entre différentes catégories d'acheteurs, il peut y avoir un problème supplémentaire : que la quantité produite ne soit pas allouée aux utilisateurs qui y accorde la plus grande valeur[16].

Certains fusionnements ont davantage de répercussions pour les gains en efficience liés à l'affectation des ressources. Nous songeons ici en particulier aux fusionnements verticaux (entre

---

[14] Röller et al. (2001), chapitre 4, présentent un compte rendu intéressant de la littérature empirique sur le succès des fusionnements.

[15] Le concept de l'inefficience-X est attribuable à Liebenstein (1966). Voir aussi la brève discussion et les références citées dans Church et Ware (2000, p. 145-147). La question fait l'objet d'une certaine controverse, certains économistes soutenant que toutes les entreprises ont de la difficulté à contrôler les coûts et que même les entreprises jouissant d'une puissance commerciale ont un motif de les contrôler aussi bien qu'elles le peuvent – puisqu'elles enregistreront ainsi des bénéfices supérieurs.

[16] Dans un tel cas, l'entreprise affectera de la production aux utilisateurs qui apportent le plus de revenus supplémentaires (c'est-à-dire de revenus marginaux), mais il ne s'agit pas nécessairement de ceux qui lui accordent la plus grande valeur (ces derniers étant ceux qui sont disposés à payer le prix le plus élevé).

des entreprises reliées dans la chaîne de distribution verticale) et aux fusionnements d'entreprises qui offrent des produits complémentaires. Dans le cas classique d'un monopole amont-aval, un fabricant monopolistique vend ses produits à des détaillants détenant un monopole local. Si le fabricant veut maximiser ses bénéfices, il appliquera un prix supérieur à son coût marginal, mais les détaillants voulant à leur tour maximiser leurs bénéfices majoreront encore ce prix de gros. Cette double majoration fait souvent en sorte que les prix soient supérieurs – et les quantités, moindres – que si le fabricant était propriétaire des détaillants et déterminait leurs prix. Non seulement les prix de détail seront-ils plus bas, mais les bénéfices totaux enregistrés seront généralement supérieurs, de sorte qu'à la fois les consommateurs et les producteurs en sortent gagnants. L'élimination de cette seconde majoration grâce à un fusionnement améliorera alors l'efficience liée à l'affectation des ressources.

La réalisation de gains d'efficience dynamique exige que des ressources suffisantes soient consacrées à l'appui de l'innovation et qu'elles soient utilisées efficacement, de façon à réduire les coûts et à offrir des produits supplémentaires ou de meilleurs produits. Le fait de reconnaître de plus en plus l'importance des gains en efficience dynamique a encore ajouté à la complexité des analyses de fusionnements, obligeant à prédire non seulement les effets d'un fusionnement sur le marché à court terme, mais également à l'avenir.

Comme dans les cas précédents, les fusionnements peuvent favoriser les gainsen efficience dynamique ou y nuire. Le fusionnement de deux entreprises ayant des groupes de recherche-développement qui sont sous le seuil de l'efficacité peut permettre à ces groupes de profiter d'économies d'échelle et de devenir efficaces. Cependant, si un fusionnement mine la vigueur avec laquelle les entreprises entreprennent des programmes de recherche coûteux et risqués, il peut en résulter que le montant de recherche effectuée soit réduit et éventuellement que les progrès techniques du marché ralentissent.

Enfin, les gains liés aux transactions reconnaissent que les entreprises et les consommateurs consacrent des ressources à la tâche de définir et de protéger les droits de propriété et que certaines formes d'organisation peuvent limiter les coûts nécessaires à cette fin. Par exemple, une entreprise disposant d'un nouveau produit prometteur peut avoir besoin de services

supplémentaires (p. ex., marketing, distribution) pour le commercialiser efficacement. Elle peut rechercher ces services auprès de « partenaires » spécialisés. Cependant, dans un monde où il est très difficile de protéger et de contrôler les droits de propriété intellectuelle, l'entreprise risque de perdre des bénéfices au profit d'anciens partenaires qui peuvent copier ses idées après en avoir pris connaissance dans le cadre du partenariat. Par conséquent, l'entreprise innovante peut entreprendre moins d'activités d'innovation, ou elle peut consacrer des sommes excessives à la protection de ses secrets. Il se peut aussi qu'elle renonce à dévoiler à ses partenaires autant d'information qu'il le faudrait[17]. Dans un tel cas, un fusionnement entre partenaires pourrait produire des gains en efficience en conservant tous ces services à l'interne, réduisant les préoccupations au sujet de ce genre d'« opportunisme ». Comme l'a reconnu Coase (1937) il y a très longtemps, le fait que les entreprises recourent au marché pour obtenir des services et produits dont elles ont besoin suppose un coût, et il en va de même pour les entreprises assurant ces services elles-mêmes. En général, il faut prévoir qu'une entreprise élargira continuellement la portée de ce qu'elle fait elle-même jusqu'à ce que le coût d'organiser une transaction supplémentaire au sein de l'entreprise arrive au coût associé au recours au marché pour la même transaction.

Une analyse des coûts de transaction peut dès lors nous aider à comprendre pourquoi les entreprises peuvent choisir de ne pas s'en remettre exclusivement à d'autres entreprises dans le cadre d'échanges régis par le marché entre acteurs indépendants, mais préfèrent plutôt se protéger en prenant des dispositions qui sont plus intégratrices, comme des alliances stratégiques ou même des fusionnements.

1.2.5 L'intégration des gains en efficience à l'analyse des fusionnements

Reconnaître que des effets de gain en efficience peuvent être associés à des fusionnements soulève l'importante question de fond, de savoir comment les gains en efficience devraient être pris en compte dans l'examen des fusionnements par un organisme antitrust. Pour ce qui est de combiner les indications de gains en efficience avec celles d'une éventuelle augmentation de la puissance commerciale, nous soutenons qu'il y a au moins six approches possibles, chacune

---

[17] Voir par exemple Williamson (1989).

ayant à un moment donné été appliquée (dans une certaine mesure) dans une aire de juridiction ou une autre. En termes généraux, la gamme des possibilités s'étend du fait de n'accorder aucune attention aux gains en efficience jusqu'à y donner le même poids que l'on accorde à chacun des autres effets du fusionnement. Dans la discussion suivante (exception faite du premier point), nous supposerons que les gains en efficicence ont été mesurés convenablement et que l'instance antitrust peut être convaincue de leur ampleur[18].

1. **Faire abstraction des gains en efficience :** Tout en admettant que la plupart des fusionnements sont motivés par un souhait de réaliser certains gains en efficience, certaines administrations peuvent juger qu'une évaluation des gains en efficience au cas par cas est tout simplement trop difficile. Dès lors, si un fusionnement paraît devoir réduire la concurrence, il devrait être interdit sans égard aux gains en efficience. Cette approche de l'illégalité en soi dans l'examen des fusionnements rappelle les règles non discrétionnaires appliquées à certains genres d'accords horizontaux, par exemple aux États-Unis. Il peut être quelque peu exagéré de prétendre que ce genre d'approche caractérisait le modèle américain dans les premières années de la loi Cellar-Kefauver (1950), mais il est vrai que les tribunaux américains étaient à l'époque plutôt hostiles aux arguments fondés sur les gains en efficience[19].
2. **Considérer les gains en efficience comme motifs :** Les responsables de la réglementation antitrust se soucient de ce que seront les effets réels d'un fusionnement, mais ils doivent tenter de les prédire en disposant d'une information imparfaite. Un important élément d'information qu'ils souhaiteraient détenir est la nature des effets qu'attendent véritablement les parties au fusionnement. Évidemment, chacun reconnaît que les entreprises se fusionnant dans l'espoir de créer une puissance commerciale ne voudront pas l'admettre; il n'est donc

---

[18] La plupart des organismes d'application de la loi (voir les chapitres suivants) exigeront que les gains en efficience soient étayés au moyen d'indications crédibles qu'elles représentent de réelles économies de ressources (et non seulement des transferts de certains agents à d'autres), qu'ils ne représentent pas uniquement des économies attribuables à une production réduite, qu'ils seront très probablement réalisés et qu'ils ne peuvent pas (ou probablement pas) être réalisés par des moyens moins anticoncurrentiels. Aux fins de cette discussion, nous supposons que ces conditions sont remplies ou qu'elles pourraient l'être.

[19] Voir par exemple Brown Shoe v. U.S., 370 U.S. 294 (1962); U.S. v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963); et FTC v. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967).

guère utile de poser directement la question aux entreprises. Cependant, si les entreprises peuvent démontrer de façon convaincante qu'il existera de réels gains en efficience, ce serait un élément de preuve crédible que les gains en efficience étaient le motif. Évidemment, cela n'exclut pas qu'il y ait aussi des effets en matière de puissance commerciale, mais il y a malgré tout progrès. La situation qui est peut-être la plus révélatrice est celle où les entreprises se fusionnant ne peuvent pas démontrer qu'il y aura des gains en efficience, ce qui laisse la puissance commerciale comme première hypothèse explicatrice[20]. Il faut noter qu'en vertu de cette approche, les gains en efficience ne sont pas invoqués comme défense ou comme contrepoids à une réduction de la concurrence; ils servent uniquement comme indication que les entreprises se fusionnant ne s'attendent pas à une réduction de la concurrence. Bien que nous ne puissions affirmer connaître une administration qui recourt exclusivement à cette approche, nous soupçonnons que l'idée de s'appuyer sur les gains en efficience pour déduire le motif est d'application commune.

3. **Ajuster les seuils structurels :** Une version plus raisonnable de la première approche (faire abstraction) a été proposée par des universitaires associés à l'école de Chicago en matière d'antitrust[21]. Cette approche reconnaît que les gains en efficience sont une conséquence importante de la plupart des fusionnements mais qu'il est très difficile de les évaluer convenablement. La solution mise de l'avant consiste simplement à fixer des seuils structurels supérieurs pour la contestation de fusionnements, mais sinon de ne pas prendre les gains en efficience en considération au cas par cas.
4. **Considérer les gains en efficience comme un élément du critère de réduction de la concurrence :** Une troisième approche combine la prise en compte des gains en efficience et de la réduction de la concurrence. Si la législation d'un pays prévoit des mesures à l'encontre de fusionnements qui réduisent « sensiblement » (ou dans une mesure décrite par un autre terme analogue) la concurrence, elle permet de prendre en considération le fait que des gains en efficience rendent toute réduction de la concurrence sans importance[22]. En poussant ce

---

[20] Évidemment, il peut y avoir d'autres explications, comme la volonté de constituer un empire; ce ne sera donc pas suffisant pour classer l'enquête.

[21] Voir par exemple Posner (2001) et Bork (1978).

[22] Au sujet des définitions possibles de « concurrence » et de leur pertinence à l'examen des fusionnements aux États-Unis, voir par exemple Werden (1997).

raisonnement encore plus loin, il a été avancé que nous pourrions même redéfinir le terme « concurrence » de façon à intégrer les gains en efficience sans avoir besoin de recourir à un terme modificatif. Plusieurs économistes (y compris les auteurs) associent « concurrence » et absence de puissance commerciale, cherchant par conséquent à la mesurer à l'aide d'un outil comme un indice Lerner. D'autres observateurs des affaires antitrust ont toutefois considéré la concurrence comme étant plus directement liée aux niveaux des prix. En vertu d'une telle définition, un marché est plus concurrentiel après un fusionnement si les prix sont plus bas, même si le fusionnement a créé un monopole. On peut soutenir que telle est la voie qu'ont suivie les États-Unis récemment et que c'est l'approche dont Röller et al. (2000) ont laissé entendre qu'elle pourrait être efficace pour l'Union européenne (sans modifier son Règlement sur les concentrations), si la Commission voulait accorder plus d'importance aux gains en efficience.

5. **Les gains en efficience en tant qu'élément du critère de la dominance :** Lorsque l'organisme redoute la création ou le renforcement d'une position dominante, les gains en efficience profitant à une entreprise fusionnée et dominante peuvent être perçus comme un effet indésirable. Tel était le cas dans certaines des premières affaires américaines (p. ex., Procter & Gamble) et dans plusieurs affaires de l'Union européenne. Évidemment, comme dans les cas d'application du critère de la concurrence décrits ci-dessus, les gains en efficience peuvent être intégrés positivement en combinant leur prise en compte avec l'évaluation de l'effet du fusionnement sur la dominance. Par exemple, un fusionnement créant une entreprise détenant une très forte part de marché peut être autorisé, non parce que l'entreprise ne jouira pas d'une importante puissance commerciale, mais parce qu'elle s'est assurée cette position en réalisant d'importants gains en efficience[23].
6. **Une défense fondée sur les gains en efficience :** Dans ce modèle, les fusionnements dont on a jugé qu'ils réduisent la concurrence peuvent se défendre en arguant que les gains en

---

[23] Cette discussion suppose que la dominance en cause correspond à une position de force d'une seule entreprise. Il est toutefois intéressant de réfléchir aux implications si l'autorité antitrust et les tribunaux se penchaient sur des cas de « dominance conjointe » où un groupe d'entreprises détiennent ensemble une position dominante. Si les entreprises jugées être conjointement dominantes ne coopèrent pas explicitement entre elles (collusion), cette approche pourrait ressembler étroitement à celle où les gains en efficience sont pris en compte en regard d'un critère de réduction de la concurrence.

efficience compensent (d'une certaine façon) les coûts de la concurrence réduite. Au Canada, la défense fondée sur les gains en efficience qui se retrouve à l'article 96 de la *Loi sur la concurrence* relève manifestement de cette catégorie[24].

En comparant ces six approches, il est évident que la dernière est celle qui laisse le plus de place aux arguments fondés sur les gains en efficience. Cependant, tel qu'il est présenté ici, le modèle n'indique pas quel poids il convient d'accorder aux effets anticoncurrentiels par rapport aux gains en efficience. Il y a en l'occurrence plusieurs possibilités, et c'est le sujet sur lequel nous nous pencherons plus loin.

Avant tout cependant, nous tenons à souligner qu'il y a une autre façon d'introduire les considérations liées aux gains en efficience dans l'examen des fusionnements : en tant qu'élément dans un **critère de l'intérêt public (ou des avantages pour le public)**. En vertu d'un tel critère, tel qu'il est appliqué au Royaume-Uni et en Australie (pour les autorisations), divers aspects de l'intérêt public peuvent être pris en considération pour déterminer si un fusionnement est acceptable du point de vue de la société. L'intérêt public peut être défini de façon très large – on y a intégré des éléments tels que les effets sur l'emploi et la distribution régionale du revenu[25]. Lorsque le critère de l'intérêt public est dominé par les considérations liées aux gains en efficience, il peut en venir à ressembler à la défense fondée sur les gains en efficience (approche 6 ci-dessus), mais ce n'est de toute évidence pas le seul moyen de l'appliquer. En d'autres cas, les gains en efficience peuvent faire partie d'un ensemble

---

[24] Comme on l'explique brièvement ci-dessous, ce peut en définitive également être le cas sous d'autres régimes (p. ex., en Australie) avec les critères des effets et des avantages publics. Griffin et Sharp (1996) (p. 657) soutiennent qu'aux États-Unis, les gains en efficience ont dans certains cas été considérés comme un élément d'un critère de la réduction sensible de la concurrence (catégorie 4 ci-dessus) et dans d'autres cas, comme une défense (catégorie 6).

[25] Ces exemples proviennent du Royaume-Uni. La mention de l'exmple australien concerne les conditions auxquelles on peut obtenir l'autorisation d'un fusionnement – où le critère des avantages publics est d'application. Mis à part le processus d'autorisation, le modèle servant à la prise en considération des gains en efficience ressemble davantage à la troisième approche décrite ci-dessus : les preuves de gains en efficience peuvent servir à soutenir qu'il n'y aura pas de réduction sensible de la concurrence. Il n'y a guère d'indications sur ce qui peut constituer des avantages publics en Australie, sinon les gains en efficience.

d'éléments liés à l'intérêt public servant à fonder les décisions et il peut être difficile de déterminer quelle importance est réellement accordée aux gains en efficience.

1.2.6 Quels sont les gains en efficience qui comptent?

Peu importe comment ils choisissent de prendre en considération les gains en efficience (à moins qu'ils ne choisissent d'en faire complètement abstraction), les organismes d'application de la loi doivent décider quels sont les gains en efficience qui comptent lorsqu'ils évaluent un fusionnement. Dans un système où les gains en efficience ne sont pertinents que dans la mesure où ils contribuent à la puissance commerciale d'une entreprise dominante, on peut présumer que tout gain en efficience qui contribue à l'aptitude de l'entreprise dominante à faire concurrence à ses rivaux plus petits serait pris en considération.

La situation se complique lorsque les gains en efficience sont perçus comme un facteur positif à prendre en considération en regard des possibles effets anticoncurrentiels d'un fusionnement. L'organisme peut ne pas vouloir inscrire au crédit des entreprises se fusionnant chaque dollar de réduction des coûts qu'elles réalisent. En outre, les organismes (et éventuellement les tribunaux) doivent décider quel degré de certitude est exigé pour que des gains en efficience allégués soient admis. En particulier, l'organisme doit se pencher sur les questions suivantes[26].

(i) Dans quelle mesure les gains en efficience doivent-ils être attribuables au fusionnement – c'est-à-dire, les parties doivent-elles démontrer que les gains en efficience ne seraient pas réalisés faute de fusionnement[27]? En général, les instances antitrust souhaitent créditer aux parties les gains en efficience qui ne seraient

---

[26] Une question qui n'est pas énumérée ici est de savoir quelle partie, le gouvernement ou les entreprises se fusionnant, doit avancer les arguments fondés sur les gains en efficience. Ce n'est toutefois pas une question très intéressante parce qu'il est difficile d'imaginer que ce fardeau n'appartienne pas aux parties au fusionnement étant donné qu'elles seules disposent des données nécessaires. En outre, elles ont manifestement intérêt à les mettre de l'avant lorsque les gains en efficience sont considérés de façon positive par l'organisme et les tribunaux.

[27] Par exemple, des fusionnements peuvent permettre à des entreprises de profiter d'économies d'échelle. Par contre, si le marché est en phase de croissance, les entreprises peuvent de toute façon être en mesure de réaliser ces économies grâce à la croissance interne.

autrement pas réalisés, mais le degré de certitude qu'elles exigent quant à ce qui se passerait sans le fusionnement peut varier. Elles peuvent attribuer les gains en efficience au fusionnement à moins qu'il ne soit « très probable » qu'ils se réalisent de toute façon, ou elles peuvent appliquer un critère plus strict – par exemple en refusant de les accepter s'il n'y a ne serait-ce qu'une « certaine probabilité » qu'ils soient réalisés de toute façon[28].

(ii) Les parties devraient-elles recevoir le crédit de gains en efficience qui pourraient être réalisés grâce à des moyens moins anticoncurrentiels, par exemple grâce à une coentreprise, à la croissance interne ou à d'autres fusionnements qui entraînent un moindre risque pour la concurrence? Encore une fois, la question de la certitude doit être examinée : quelle certitude faut-il établir que les gains en efficience seraient réalisés grâce à une solution moins anticoncurrentielle[29]? Si la solution de rechange est un fusionnement différent par exemple, l'organisme doit déterminer si le critère doit être que cet autre fusionnement se ferait « très probablement » ou simplement s'il est possible qu'il se fasse.

(iii) Les réductions de coûts réalisées par les parties au fusionnement qui représentent des transferts d'autres parties seront-elles prises en considération[30]? Il y a en général deux approches possibles à ce sujet. Si les gains en efficience sont utilisés à l'appui d'un

---

[28] Par exemple, les lignes directrices américaines de 1997 indiquent que les organismes prendront en compte les gains en efficience qui ne se réaliseraient probablement pas en l'absence soit du fusionnement proposé ou d'autres moyens qui ont un effet anticoncurrentiel comparable.

[29] Voilà qui présente de grandes difficultés pour l'organisme antitrust et les tribunaux car ils devront évaluer l'efficience de diverses options sans nécessairement avoir accès aux données dont ils ont besoin. Les lignes directrices américaines de 1997 sur les fusionnements indiquent que si les organismes ne prennent pas en compte les gains en efficience qui pourraient être réalisés par des moyens moins restrictifs, ils n'insistent pas sur une solution moins restrictive qui est uniquement théorique.

[30] Ces réductions de coûts sont quelquefois appelées des gains en efficience pécuniaires. L'exemple classique en est un fusionnement qui présente des possibilités de réduire les impôts. L'économie d'impôts est uniquement un transfert de l'autorité fiscale gouvernementale (et en dernier ressort d'autres contribuables) aux entreprises se fusionnant et ne représente aucune réelle économie de ressources. La faculté d'une entreprise (fusionnée) plus grande d'obtenir des prix plus bas de ses fournisseurs peut être semblable : l'économie est un transfert provenant de ces fournisseurs. Cependant, si les prix réduits des fournisseurs sont dus à certains gains en efficience associés au fait de traiter des commandes plus importantes, il peut y avoir une réelle économie de coûts.

argument voulant que l'entreprise fusionnée soit un meilleur concurrent pour ses rivaux et ainsi stimule la concurrence, alors même les gains en efficience qui sont des transferts peuvent être considérés pertinents. Cette possibilité est prévue, par exemple, dans les lignes directrices sur les fusionnements de l'Australie (article 5.172). Si toutefois les gains en efficience sont invoqués pour justifier un fusionnement qui réduirait la concurrence, les transferts ne sont pas pertinents puisqu'ils n'améliorent pas l'affectation des ressources.

Comme on le voit de cette analyse, les réponses à ces questions détermineront – dans une large mesure – la façon dont les gains en efficience doivent être intégrés à l'examen d'un fusionnement.

1.2.7 Gains en efficience comme contrepartie d'une diminution de la concurrence

Lorsque nous jaugeons la valeur des gains en efficience en regard du coût associé à une concurrence réduite, que ce soit explicitement en évaluant la validité d'une défense fondée sur les gains en efficience ou implicitement lorsque nous concluons à une réduction de la concurrence, nous avons besoin d'un critère pour indiquer si un fusionnement est acceptable ou non. En se reportant à la figure 1 où les effets du fusionnement sont illustrés par les superficies B, C et E, nous pouvons énoncer la question d'une autre façon : quelle formule faut-il utiliser pour combiner l'information contenue dans B, C et E pour en arriver à notre décision d'approuver ou non le fusionnement? Nous considérerons presque à coup sûr la valeur représentée par la superficie C comme un aspect négatif réduisant la chance d'une approbation, tout comme nous considérons que les gains en efficience représentés par E comme étant positifs et susceptibles de favoriser l'approbation. Les points de vue au sujet du transfert représenté par B sont moins évidents.

En termes généraux, il semblerait que sont ressortis cinq critères différents que nous examinerons brièvement :

(i) le critère des prix;

(ii) le critère du surplus des consommateurs;

(iii) le critère du surplus total;

(iv) le critère Hillsdown;

(v) le critère des surplus pondérés.

(i) En vertu du **critère des prix**, un fusionnement est approuvé s'il n'entraîne pas une augmentation des prix. Dans cette approche, les gains en efficience peuvent être pris en considération, mais ils n'assureront l'autorisation d'un fusionnement anticoncurrentiel (c'est-à-dire un fusionnement qui augmente la puissance commerciale, par exemple tel que mesurée par l'indice Lerner) que s'il est d'une telle envergure que les prix diminuent (ou n'augmentent pas) après le fusionnement. Cette approche est en grande partie celle des autorités américaines et correspond possiblement à la portée maximale que leur législation actuelle permet de donner aux gains en efficience[31]. Encore faut-il alors combiner les gains en efficience et la réduction de la concurrence en un seul facteur – c'est-à-dire essentiellement redéfinir ce qu'est la concurrence en fonction du niveau de prix. Selon ce critère, le fusionnement illustré en figure 1 ne serait pas approuvé quelle que soit l'ampleur des gains en efficience en E.

(ii) Le critère du **surplus des consommateurs** ressemble étroitement au critère des prix, mais permet de prendre en compte d'autres changements (non reliés aux prix) découlant du fusionnement qui ont un effet sur le surplus des consommateurs. Par exemple, supposons que deux nouveaux réseaux téléphoniques projettent de se fusionner alors qu'auparavant, leurs services étaient incompatibles et ne permettaient pas les appels entre eux. Le fusionnement résoudrait les difficultés de compatibilité et les consommateurs pourraient profiter d'un service sensiblement élargi. Dans la figure 1, cela se traduirait par un déplacement de la courbe de la demande vers l'extérieur. Dans un tel cas, il est possible que les prix augmentent quelque peu en même temps que les consommateurs se retrouvent dans une meilleure situation, grâce à l'amélioration du service (un réseau élargi) rendue possible par le fusionnement. Si un fusionnement augmente (ou à tout le moins ne réduit pas) le surplus des consommateurs, il serait approuvé en appliquant ce critère.

---

[31] Certains pourraient juger que c'est là une perception quelque peu extrême de l'approche américaine, soulignant que les lignes directrices de 1997 prescrivent la prise en considération des gains en efficience même s'ils ne sont pas immédiatement transférés aux consommateurs. Voir par exemple Kolasky et Dick (2002), p. 43.

Il faut signaler que des différences entre le critère du surplus des consommateurs et le critère des prix peuvent aussi survenir dans le cas d'une détérioration de la qualité d'un produit après un fusionnement. C'est ce qui se produirait par exemple s'il y avait une réduction de la variété parce que les entreprises réduisaient le nombre de marques produites. Le fusionnement pourrait être acceptable en vertu du critère des prix (parce que les prix n'ont pas augmenté), mais être inacceptable en vertu du critère du surplus des consommateurs (parce que la qualité réduite diminue le surplus total des consommateurs). De fait, il se pourrait que les mesures mêmes qui créent des gains en efficience (réduction des effectifs ou du nombre de marques) réduisent le surplus des consommateurs.

(iii)Le critère du surplus total est également très facile à décrire. Un fusionnement est approuvé si la somme des surplus des consommateurs et des surplus (ou bénéfices) des producteurs augmente après le fusionnement. Dans le cas de la figure 1, cela signifie que A+B+E (surplus après le fusionnement) doit être supérieur à A+B+C (surplus avant le fusionnement), ou simplement que E est supérieur à C. À noter, dans cette approche, le transfert de surplus des consommateurs aux producteurs représenté par B est considéré comme un élément complètement neutre – c'est à dire ni positif, ni négatif.

Le critère du surplus total jouit d'un appui répandu (mais non universel) parmi les économistes, qui reconnaissent que les autres critères sacrifieront quelquefois le surplus social[32]. Il s'agit essentiellement du critère décrit par Williamson (1968) dans son célèbre article. Il a l'avantage d'une relative simplicité : les surplus sont simplement additionnés sans pondération particulière. Cela signifie que nous n'avons rien besoin de savoir des consommateurs et des producteurs sinon l'effet que produira sur eux le fusionnement; par exemple, nous n'avons pas à savoir si les acheteurs sont riches ou pauvres, ou si les entreprises sont grandes ou petites.

---

[32] Certes, le surplus total mesuré par les économistes n'est pas nécessairement la mesure du bien-être social que nous aimerions voir les responsables politiques utiliser. Par conséquent, nous pouvons accepter de sacrifier un certain surplus en échange d'autres avantages – par exemple, une certaine distribution du surplus.

Le critère du surplus total semble avoir sous-tendu l'interprétation de la défense fondée sur les gains en efficience se retrouvant dans les lignes directrices pour l'application de la loi à l'égard des fusionnements qui ont été publiées au Canada en 1991 et qui continuaient jusqu'à récemment à correspondre à la politique du Bureau de la concurrence.

(iv)Le critère Hillsdown découle d'une remarque incidente contenue dans le jugement *Hillsdown* (au Canada), où la juge Reed laissait entendre qu'elle était loin d'être convaincue que le critère du surplus total s'imposait en vertu de la législation canadienne[33]. Elle suggérait comme autre possibilité que dans certaines conditions, le transfert de surplus des consommateurs aux producteurs, lorsque les prix augmentent après un fusionnement, devrait possiblement être considéré comme un coût négatif du fusionnement. En vertu du critère Hillsdown, dans notre exemple de la figure 1, les avantages du fusionnement représentés par la superficie E des gains en efficience devraient donc être supérieurs à la diminution du surplus des consommateurs représenté par les superficies B et C. Ce critère est plus souple que le critère des prix, certains fusionnements qui augmentent les prix étant néanmoins susceptibles d'être approuvés si les gains en efficience sont suffisamment importants. Il est toutefois plus sévère que le critère du surplus total.

(v) Enfin, en vertu du **critère des surplus pondérés**, les divers effets du fusionnement sont additionnés, comme pour le critère du surplus total, mais chaque élément est multiplié par une « pondération sociale » reflétant l'importance accordée au bien-être de chaque groupe par l'instance se livrant à l'examen. Par exemple, le surplus pondéré pourrait être déterminé en additionnant les pertes encourues par les consommateurs en raison de prix augmentés (un nombre négatif) à l'augmentation des bénéfices réalisés par les entreprises, où ceux-ci sont d'abord multipliés par un facteur de pondération tel que ½. Selon une telle formule, une diminution de 10 millions de dollars du surplus des consommateurs serait exactement compensée par une augmentation de 20 millions de dollars des bénéfices des entreprises.

---

[33] *Canada (Directeur des enquêtes et recherches)* c. *Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 CPR (3d) 289 (Trib. conc.). C'est McFetridge (1998) qui a appelé le raisonnement retenu dans cette affaire le critère Hillsdown.

En principe, une telle pondération permet une grande souplesse dans l'administration de l'examen des fusionnements. La difficulté réside toutefois dans son application. La question essentielle consiste à déterminer quelles sont les pondérations appropriées[34]. À notre connaissance, aucune administration ne préconise explicitement une approche des surplus pondérés, bien que tous les critères autres que celui du surplus total supposent des pondérations qui sont supérieures pour les consommateurs que pour les producteurs. De plus, étant donné l'incertitude inhérente au processus d'examen, il peut arriver que des pondérations soient créées implicitement lorsque des organismes se soucient davantage de protéger, par exemple, le surplus de certains groupes de consommateurs. Du reste, les critères liés à l'intérêt public qu'appliquent certaines administrations comme l'Australie et le Royaume-Uni peuvent permettre la prise en compte des effets des fusionnements en termes de distribution.

Comme on l'a vu plus haut, les critères liés à l'intérêt public ou aux avantages publics qu'emploient certaines administrations sont foncièrement différents des critères décrits ci-dessus. Ils peuvent en effet prendre en considération des effets d'un fusionnement dépassant ceux qui touchent les consommateurs et les producteurs. Par exemple, ils peuvent tenir compte des effets sur les travailleurs ou les économies locales. Dans ce cas, il est difficile de déterminer quelle pondération est accordée aux gains en efficience puisqu'il peut y avoir un grand nombre de facteurs déterminant si le fusionnement est dans l'intérêt du public[35].

---

[34] Pour appliquer l'approche du surplus pondéré, Peter Townley a suggéré que l'instance en cause (il conseillait le Bureau de la concurrence du Canada et s'adressait au Tribunal de la concurrence) devrait d'abord déterminer quelles pondérations relatives pour les consommateurs et les producteurs feraient en sorte que l'avantage net ou le coût net du fusionnement soit exactement nul. Ces pondérations sont les « pondérations d'équilibrage ». Les instances concernées sont alors invitées à comparer les pondérations d'équilibrage à ce qui serait une plage raisonnable pour les pondérations réelles. Dans plusieurs cas, il peut s'avérer que les pondérations d'équilibrage soient loin de ce que les instances appliqueraient. L'instance peut alors ne pas avoir à déterminer quelles sont ses pondérations précises pour décider si le fusionnement doit être autorisé.

[35] Par exemple, si nous constatons qu'un fusionnement est approuvé où les gains en efficience sont légèrement supérieurs à la perte de poids mort, ce peut être que le critère de l'intérêt public est en réalité simplement un critère de surplus total, ou qu'une autre considération (p. ex., la volonté de protéger l'emploi chez un partenaire financièrement faible du fusionnement) était la principale raison de l'approbation.

1.3 Les chapitres suivants

Les chapitres suivants décrivent les politiques actuelles en ce qui concerne la prise en compte des gains en efficience dans l'examen des fusionnements sous quatre régimes : l'Australie, l'Union européenne, le Royaume-Uni et les États-Unis. Dans la mesure du possible, nous présentons également des renseignements sur la façon dont ces politiques ont évolué au fil des ans. Il faut toutefois noter qu'à l'exception des États-Unis, aucun de ces régimes n'a par le passé connu une grande activité dans ce domaine. Dans l'Union européenne par exemple, l'examen des fusionnements n'existe (à toutes fins pratiques) que depuis 1989. Quant à l'Australie et au Royaume-Uni, si l'examen des fusionnements a fait partie de la politique de concurrence depuis bien plus longtemps, le rôle des gains en efficience n'y a été discuté que rarement et relativement récemment.

2 Australie

2.1 Contexte général

Le droit de la concurrence en Australie est défini par la *Trade Practices Act* (1974) (Loi sur les pratiques de commerce) du gouvernement fédéral (ci-après, dans le présent chapitre, la « Loi »), qui s'applique dans tous les États et territoires australiens. En termes généraux, la Loi vise les pratiques anticoncurrentielles et les pratiques commerciales déloyales, les fusionnements ou acquisitions d'entreprises, la sécurité des produits et la responsabilité à cet égard ainsi que l'accès des tiers aux installations d'importance nationale.

L'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) (Commission australienne de la concurrence et de la consommation) a été créée le 6 novembre 1995 en fusionnant la Trade Practices Commission (TPC) (Commission des pratiques de commerce) et la Prices Surveillance Authority (Autorité de surveillance des prix)[36]. À titre d'instance législative indépendante, l'ACCC administre la Loi[37], qui s'applique à virtuellement toutes les entreprises en Australie. L'ACCC est l'unique organisme national traitant en général des affaires de concurrence, et le seul organisme ayant des responsabilités en matière d'application de la Loi.

En Australie, l'examen des fusionnements est régi par l'article 50 de la Loi. Celui-ci interdit les fusionnements « qui auraient pour effet ou pour effet probable de réduire sensiblement la concurrence sur le marché ». Par conséquent, comme c'est le cas aux États-Unis et au Canada, la Loi prévoit pour l'examen des fusionnements un critère de réduction sensible de la concurrence (RSC). La Loi ne prévoit pas expressément la prise en considération de gains en efficience, mais ceux-ci peuvent être invoqués (et sont invoqués) dans le cadre du critère des avantages publics lié à la demande d'autorisation. Les parties à un fusionnement peuvent demander à l'ACCC d'autoriser leur fusionnement (en vertu de l'article 88 de la Loi) nonobstant qu'il puisse y avoir un effet nuisible pour la concurrence, mais en vertu de du paragraphe 90(9) de la Loi, l'ACCC ne

---

[36] Renseignements généraux sur la Loi, de Rowley et Baker (2000).

[37] Voir en annexe A les dispositions pertinentes de la Loi.

peut accorder l'autorisation « que si elle est convaincue que l'acquisition entraînerait ou serait susceptible d'entraîner un tel avantage pour le public que l'acquisition devrait être autorisée ».

Les décisions de l'ACCC en matière d'autorisation peuvent être portées en appel devant le Tribunal australien de la concurrence (le Tribunal), qui se situe sous la Cour fédérale de l'Australie[38]. Un examen du Tribunal est une nouvelle audition ou une reconsidération d'une affaire et le Tribunal peut aux fins de l'examen exécuter toutes les fonctions et exercer tous les pouvoirs de l'instance qui a pris la décision initiale. Il peut ainsi confirmer, infirmer ou modifier la décision.

2.2 Processus d'examen des fusionnements

Il n'y a pas pour les parties d'exigence expresse de donner un avis préalable de leurs intentions. Cependant, les parties avisent couramment l'ACCC avant de conclure des accords visant des projets d'acquisitions et de fusionnements. Les parties qui réalisent un fusionnement ultérieurement jugé contraire à la Loi courent assurément un risque : les sanctions prévues par le paragraphe 76(1) de la Loi peuvent s'élever à 500 000 $A pour un particulier et à 10 millions de dollars australiens pour une société[39].

De fait, il y a en Australie trois possibilités pour l'examen d'un fusionnement en vertu de la Loi[40] : (i) un processus d'examen informel par l'ACCC; (ii) une demande d'autorisation que les parties présentent à l'ACCC; (iii) une poursuite (lorsque les parties à un fusionnement n'ont pas reçu une autorisation) où l'ACCC peut demander une injonction ou (si le fusionnement est déjà réalisé) un dessaisissement. Ces trois possibilités seront expliquées séparément ci-dessous.

---

[38] L'information sur la Cour fédérale de l'Australie provient de http://www.fedcourt.gov.au/aboutct/aboutct_act.html.

[39] *Merger Guidelines*, juin 1999, para. 4.27-28.

[40] Voir par exemple Williams et Woodbridge (à venir).

2.2.1 Étapes de l'évaluation

Le processus d'évaluation que l'ACCC initie, que ce soit pour un examen informel, face à une infraction possible à l'article 50 ou dans l'évaluation consécutive à une demande d'autorisation, est prévu au chapitre 5 des lignes directrices sur les fusionnements. Ces lignes directrices définissent un examen à cinq étapes[41].

1. La première étape est la définition du marché. Le marché pertinent doit être défini dans ses aspects produit, fonctionnement, limites géographiques et cadre temporel. L'information sur la définition des marchés se trouve dans les paragraphes 5.34 à 5.86 des lignes directrices de 1999 sur les fusionnements. Si le marché paraît être important, une analyse supplémentaire est requise; dans le cas contraire, le fusionnement sera admis. Les tribunaux ne se sont pas penchés sur la notion d'importance du marché dans ce contexte. Dans d'autres contextes cependant, il a été déterminé qu'elle signifie « réel ou de substance ». Pour l'essentiel, ce concept vise à écarter les affaires *de minimis*.
2. La deuxième étape concerne la concentration du marché. Comme au Canada, le simple fait que le niveau de concentration d'un fusionnement dépasse un seuil ne signifie pas que l'on doive conclure automatiquement à une réduction sensible de la concurrence. Si une acquisition dépasse les seuils prescrits, il faut procéder à une analyse quantitative supplémentaire. Les seuils australiens prévoient qu'une enquête supplémentaire sera entamée :
   (a) si un fusionnement fait en sorte que les quatre plus grandes entreprises détiennent une part de marché combinée de 75 p. 100 ou plus et que l'entreprise fusionnée fournira au moins 15 p. 100 du marché pertinent;
   (b) si l'entreprise fusionnée fournit 40 p. 100 ou plus du marché pertinent.

   Les deux seuils sont conçus pour saisir aussi bien les fusionnements qui risquent de créer une puissance commerciale coordonnée que les cas de puissance commerciale unilatérale. Si un fusionnement demeure sous les seuils, il peut être réalisé tel que proposé.
3. En troisième étape, on se penchera sur la concurrence des importations, pour déterminer si elle est ou non suffisante et suffisamment efficace face à l'entité fusionnée. Faute d'une telle

---

[41] *Merger Guidelines*, juin 1999, figure 1, p. 29 et para. 6.35.

concurrence, l'ACCC fera enquête sur la structure du marché. Lorsque la concurrence des importations est suffisante, le fusionnement peut être réalisé.

4. Ensuite, la probabilité que de nouveaux concurrents apparaissent et l'existence d'obstacles à l'entrée seront analysées. S'il est probable que de nouveaux concurrents arrivent sur le marché et que les obstacles à l'entrée sont faibles, le fusionnement ne sera pas susceptible de réduire la concurrence sensiblement. Faute de l'arrivée probable de nouveaux concurrents, d'autres facteurs devront être examinés.
5. Enfin, si l'ACCC conclut qu'en toute vraisemblance, un fusionnement réduira sensiblement la concurrence, elle prendra en considération les autres facteurs qui pourraient atténuer l'effet sur la concurrence. Lorsque les circonstances s'y prêtent, elle acceptera des engagements efficaces et exécutoires.

2.2.2 Autorisations informelles

Les parties à un fusionnement sont incitées à entamer avec l'ACCC des discussions informelles aussitôt que possible dans le processus. Les discussions peuvent être confidentielles ou publiques, bien que l'ACCC ne puisse pas donner d'avis définitif et exécutoire avant que les participants du marché aient été consultés. Les parties doivent donner à l'ACCC des renseignements généraux à leur propos et au sujet des autres participants principaux; la justification économique du fusionnement; et une analyse de l'acquisition projetée à la lumière des facteurs figurant au paragraphe 50(3) de la Loi[42].

Selon Williams et Woodbridge (à venir), l'ACCC effectue ces examens informels de façon à prendre en compte les questions qu'un tribunal prendrait en compte en vertu de l'article 50[43]. Lorsque l'acquisition semble susceptible de contrevenir à la Loi, l'ACCC exigera que les entreprises produisent des renseignements supplémentaires et peut recourir aux pouvoirs que lui confère l'article 155 pour les obtenir si les entreprises ne coopèrent pas avec elle. L'ACCC recueillera par ailleurs des renseignements et des avis auprès d'autres participants du marché tels

---

[42] *Merger Guidelines*, juin 1999, para. 4.9

[43] Ce qui n'équivaut pas à la façon dont ces affaires pourraient être prises en considération par l'ACCC à l'égard d'une demande d'autorisation.

que concurrents, fournisseurs, clients, associations sectorielles, organismes gouvernementaux et ministères, agences étrangères, regroupements de consommateurs et syndicats[44].

La plupart des fusionnements ne soulèvent pas de problèmes de concurrence et sont traités par le Comité d'examen des fusionnements, qui fait rapport de ses conclusions à l'ACCC. Les fusionnements qui soulèvent des problèmes sont traités par l'ACCC elle-même.

En ce qui concerne les demandes faites à titre confidentiel, l'ACCC donne habituellement une réponse dans un délai de deux ou trois semaines. Lorsqu'il s'avère nécessaire de recueillir des renseignements sur le marché pour que l'ACCC puisse donner une réponse, les délais peuvent se prolonger jusqu'à huit semaines, selon la complexité de l'affaire[45].

Les parties disposent de plusieurs options après avoir reçu une réponse informelle de l'ACCC. La plupart des dossiers informels sont classés avec une déclaration que le fusionnement ne contrevient pas à la Loi, auquel cas les parties peuvent réaliser le fusionnement. Si l'ACCC s'oppose au fusionnement, les parties ont quatre options. D'abord, elles peuvent choisir de renoncer au fusionnement projeté. Deuxièmement, elles peuvent modifier leur projet pour atténuer ses aspects anticoncurrentiels présumés, soit formellement ou informellement au moyen d'engagements, selon l'article 87B de la Loi, sous réserve d'approbation par l'ACCC. Troisièmement, elles peuvent demander une autorisation si elles s'estiment capables de démontrer que le fusionnement produira un avantage public net au sens du paragraphe 90(9). Quatrièmement, elles peuvent entreprendre de réaliser l'acquisition sans l'approbation informelle de l'ACCC, au risque d'encourir une poursuite en vertu de l'article 50.

Si l'ACCC et les parties ne peuvent s'entendre sur les engagements appropriés pour résoudre un problème soulevé par le fusionnement, l'ACCC tentera d'empêcher l'acquisition en demandant une injonction provisoire de la Cour fédérale, en vertu de l'article 80. Dans certains cas, l'ACCC demandera une injonction *ex parte* (c'est-à-dire sans aviser les parties) si elle juge probable que

---

[44] *Merger Guidelines*, juin 1999, para. 4.11

[45] *Merger Guidelines*, juin 1999, para. 4.14

le fait de donner un avis aux parties leur permettrait de contourner l'injonction (p. ex., lorsque les parties ont refusé de prendre des engagements et qu'elles risquent de conclure le fusionnement avant l'injonction)[46].

Si les entreprises considèrent que le fusionnement suppose d'importants avantages publics, les entreprises se fusionnant peuvent demander une autorisation (voir ci-dessous). Il s'agit d'un processus d'obtention de l'immunité, au nom des avantages publics, à l'égard de fusionnements ou d'acquisitions qui autrement contreviennent ou pourraient contrevenir à l'article 50 de la Loi[47].

La grande majorité des fusionnements sont traités au moyen d'un examen informel par l'ACCC et les décisions de la Commission ne sont pas publiées. Williams et Woodbridge (à venir)[48] cernent un certain nombre de lacunes à l'égard du processus d'examen informel. D'abord, le processus n'est pas fondé sur la Loi, mais est décrit dans les lignes directrices sur les fusionnements de l'ACCC en même temps que son interprétation de l'article 50 de la Loi. Les auteurs estiment que le processus est ainsi entaché d'un niveau élevé d'incertitude. Deuxièmement, les motifs des décisions ne sont pas publiés, ce qui prive les intéressés des indications formelles que constitueraient les précédents. En plus d'augmenter l'incertitude du processus, ce fait augmente le pouvoir discrétionnaire de l'ACCC. Troisièmement, les auteurs jugent que le manque d'information confère à l'ACCC un grand pouvoir de négociation, lui permettant d'exercer des contraintes administratives[49]. Williams et Woodbridge reconnaissent que le secret et les décisions habituellement plutôt rapides caractérisant l'examen informel sont les principales raisons de sa popularité en regard des processus beaucoup moins exploités de la demande d'autorisation et des poursuites en vertu de l'article 50. Ces deux dernières solutions entraînent une grande publicité et exigent beaucoup de temps.

---

[46] *Merger Guidelines*, juin 1999, para. 4.24-25

[47] *Merger Guidelines*, juin 1999, para. 6.1 and 5.33.

[48] Williams et Woodbridge (à venir), p. 13.

[49] Williams et Woodbridge (à venir), p. 21.

2.2.3 Demande d'autorisation

Le système australien d'autorisation a suscité beaucoup d'intérêt, mais l'option de l'autorisation ne s'est pas avérée populaire jusqu'à présent. De fait, seulement neuf demandes d'autorisation ont été traitées depuis 1995.

Les lignes directrices sur les fusionnements définissent une autorisation comme étant « le fait d'accorder l'immunité, au nom des avantages publics, à l'égard de fusionnements et d'acquisitions qui autrement contreviendraient ou pourraient contrevenir aux articles 50 ou 50A de la Loi »[50]. Une autorisation est accordée pour une période de temps précise et peut être conditionnelle et assujettie à certains engagements. Le Tribunal peut revoir la décision de l'ACCC. C'est donc en vertu du critère des avantages publics propre au processus d'autorisation que l'ACCC peut expressément prendre en compte les gains en efficience.

Une fois que les parties ont introduit leur demande, l'ACCC dispose d'un délai de 30 jours – qui peut être prolongé à 45 jours – pour rendre une décision. Les demandes de renseignements peuvent encore prolonger le délai. À l'intérieur de ce délai, la Commission doit recueillir des renseignements auprès de participants du marché et d'autres parties intéressées. Le processus est public, toute l'information étant publiée à l'exception des renseignements dont on a permis qu'ils demeurent confidentiels. Il se distingue à ce titre du processus informel décrit plus haut.

La décision rendue à l'égard d'une demande est publiée, en même temps que l'évaluation détaillée des facteurs de l'affaire. L'évaluation suivra, comme dans le cas d'un examen informel, le cadre défini par le chapitre 5 des lignes directrices sur les fusionnements (voir 2.2.1 plus haut).

Les lignes directrices sur les fusionnements énumèrent les renseignements minimums requis pour une demande. Une demande doit également préciser clairement l'avantage public invoqué. Les énoncés généraux concernant les avantages ne reçoivent aucune considération; ils doivent être étayés par des éléments factuels. L'ACCC reconnaît qu'il y a des difficultés inhérentes à la mesure des avantages, mais insiste néanmoins sur l'importance qu'il y a à invoquer des

---

[50] *Merger Guidelines* (1999), para. 6.1.

avantages qui sont probables et non uniquement possibles ou spéculatifs, et qui sont réalisables dans un proche avenir[51].

2.2.4 Poursuites pour contraventions de l'article 50

Depuis que la Loi est entrée en vigueur, seulement quatre affaires de fusionnement ont été entendues jusqu'au bout et aucune ne mettait en cause des gains en efficience. De plus, dans les quatre affaires, le débat concernait le critère de la dominance, qui a depuis lors été remplacé par le critère RSB. Il en découle une absence de jurisprudence à l'égard des fusionnements contrevenant à l'article 50. Par conséquent, il existe très peu d'information sur les poursuites visant des fusionnements.

Le processus permettant de conclure à une réduction sensible de la concurrence suit en général la démarche à cinq étapes que l'ACCC a décrite dans les lignes directrices sur les fusionnements. Il suppose du reste une analyse de tous les facteurs énoncés dans l'article 50(3).

Une analyse en vertu de l'article 50 ne se prête pas aussi bien à la présentation de preuves quant aux gains en efficience que ce n'est le cas lorsqu'il s'agit du critère des avantages publics dans les autorisations, mais les gains en efficience peuvent être pertinents si l'on peut démontrer qu'ils ont un impact pour le niveau de concurrence sur un marché. Les lignes directrices sur les fusionnements admettent qu'un fusionnement peut rendre l'entreprise fusionnée plus concurrentielle et ainsi également augmenter (ou ne pas réduire sensiblement) la concurrence sur un marché. Par conséquent, les gains en efficience peuvent faire partie d'une analyse de la concurrence, mais ne doivent pas être considérés comme un contrepoids à une réduction sensible de la concurrence – comme elles pourraient l'être dans une demande d'autorisation. L'ACCC juge que « la question pertinente est l'effet ou l'effet probable du fusionnement sur l'aptitude et les incitations de l'entreprise à livrer concurrence sur le marché pertinent, y compris les effets éventuels découlant de gains en efficience »[52]. Williams et Woodbridge (à venir) supputent également que les gains en efficience pourraient être pertinents en vertu de l'article 50 pour

---

[51] *Merger Guidelines*, 1999, para. 6.48.

[52] *Merger Guidelines*, June 1999, para. 5.17.

déterminer si la réduction de la concurrence est sensible, mais ils demeurent prudents faute de jurisprudence en la matière.

2.3 Contexte historique et évolution du rôle des gains en efficience

L'Australie s'est dotée dès 1906 de dispositions législatives sur le contrôle des fusionnements, l'*Australian Industries Preservation Act* (Loi sur la préservation des industries australiennes), s'inspirant de la *Sherman Act* (Loi Sherman) aux États-Unis. Cette loi n'a vécu que brièvement, ayant été abolie en 1909. En 1965, l'Australie a adopté l'*Australia Act* (Loi sur l'Australie), s'inspirant du modèle du Royaume-Uni quoique dénuée de dispositions expresses sur le contrôle des fusionnements[53]. Avec l'actuelle *Trade Practices Act* (Loi sur les pratiques de commerce) de 1974, l'Australie est revenue au modèle américain. Entre 1974 et 1977, la Trade Practices Commission (Commission des pratiques de commerce, qui est devenue l'ACCC) utilisait dans le contrôle des fusionnements le *critère de la concurrence* (réduction sensible de la concurrence) plutôt qu'un *critère de dominance du marché*. En 1977, la Loi a été modifiée pour adopter un *critère de dominance du marché*. Cependant, à la suite d'une poursuite qui a échoué[54], la Trade Practices Commission est devenue très prudente pour ce qui est de s'opposer aux fusionnements. En 1986, l'article 50 a été retouché pour limiter la redondance dans son énoncé et le critère de la dominance du marché a été renforcé. En outre, la Loi a été modifiée par l'ajout de l'article 50A, qui réglemente les acquisitions à l'extérieur de l'Australie. Le critère de la dominance du marché a finalement été aboli en 1992 par la *Trade Practices Legislation Amendment Act* (Loi modifiant la législation sur les pratiques de commerce) de 1992, qui a rétabli le *critère de la réduction sensible de la concurrence*. Les lignes directrices sur les fusionnements ont été révisées à la lumière des modifications apportées à la Loi. Seulement quatre fusionnements ont été examinés par les tribunaux en vertu de l'article 50, tous selon le critère de la dominance.

Comme le système australien d'examen des fusionnements est relativement récent, il n'y a guère d'information historique sur le traitement des gains en efficience. Comme on l'a vu plus haut, aucun des quatre cas de fusionnement ayant fait l'objet de poursuites n'invoquait des gains en

---

[53] Rowley et Baker (1996), Corones (1994).

[54] *Trade Practices Commission* v. *Ansett Transport Industries (Operations) Pty Ltd* (1978) 32 F.L.R. 305.

efficience. En outre, les gains en efficience sont considérés uniquement comme un élément jouant un rôle modeste et jusqu'à présent relativement indéfini dans le cadre d'une analyse en vertu de l'article 50.

Les précédents disponibles en ce qui concerne le traitement des gains en efficience dans ce qui pourrait être appelé une défense fondée sur les gains en efficience relèvent des demandes d'autorisation en vertu du paragraphe 90(9) et des jugements du Tribunal lorsque ces affaires ont été portées en appel. L'autorisation de fusionnements est prévue par la loi depuis 1974. Les paragraphes 90(9) et 90(9A)[55] prévoient la possibilité d'une autorisation en dépit de la probabilité qu'un fusionnement réduise sensiblement la concurrence au sens de l'article 50. Il n'a pas été précisé dans la Loi comment déterminer un avantage pour le public, ni quelle ampleur un avantage doit avoir pour qu'un fusionnement contrevenant à l'article 50 puisse être autorisé. Ces questions ont été laissées à la discrétion de l'ACCC et du Tribunal. Le processus d'autorisation nous éclaire sur le concept plus vaste d'avantage public, qui sera examiné ci-dessous.

2.4 Définition et mesure des gains en efficience

Les arguments fondés sur les gains en efficience sont généralement les mêmes, que ce soit dans le cadre d'examens informels ou de poursuites pour infraction à l'article 50 tel qu'interprété par l'ACCC. Ils sont expliqués ci-dessous. Nous définissons ensuite les règles applicables lorsqu'il s'agit d'invoquer des gains en efficience dans une demande d'autorisation.

2.4.1 Gains en efficience dans les examens informels et dans les poursuites pour infraction à l'article 50

Les lignes directrices sur les fusionnements précisent que les gains en efficience doivent être pris en considération dans le cadre d'une demande d'autorisation. Ainsi, les parties qui prévoient que des gains en efficience joueront un rôle important dans l'autorisation de leur fusionnement devraient faire valoir ces arguments dans une demande d'autorisation, et non dans le cadre d'un

---

[55] Le paragraphe (9A) a été ajouté par suite des modifications apportées à la Loi en 1992.

examen informel[56]. Comme on l'a vu plus haut, les motifs des décisions ne sont pas publiés dans le cas des examens informels, de sorte qu'il n'y a guère de renseignements sur le traitement des gains en efficience, sauf dans les lignes directrices sur les fusionnements de l'ACCC.

L'ACCC reconnaît néanmoins que les gains en efficience peuvent faire partie de l'analyse s'ils contribuent à rehausser la concurrence sur le marché. Les lignes directrices sur les fusionnements indiquent que :

> [TRADUCTION]
> « Le poids et l'importance accordés aux différents types de gains en efficience devraient être fonction de leur ampleur et de leur probabilité, soit le degré auquel ils sont susceptibles de permettre à l'entreprise fusionnée non seulement d'être un meilleur concurrent, mais de rehausser (ou de ne pas réduire) la concurrence et ainsi profiter aux consommateurs, ainsi que du délai dans lequel ces avantages pour les consommateurs vont se réaliser »[57]

Cette citation établit clairement que dans une analyse en vertu de l'article 50, les gains en efficience ne peuvent pas constituer une défense à l'égard d'un fusionnement qui réduit la concurrence. Les gains en efficience doivent être démontrés de façon que l'on puisse déterminer leur ampleur, et ils doivent être probables. Moins les gains en efficience sont importants et probables, moins il est probable qu'ils auront un effet sur l'analyse. Les gains en efficience invoqués doivent permettre à l'entité fusionnée de mieux livrer concurrence et rehausser la concurrence sur le marché, au profit des consommateurs. S'il y a un délai dans la réalisation de

---

[56] Tel est le point de vue officiel quant à la façon dont l'information sur les gains en efficience doit être présentée. Cependant, puisque les arguments fondés sur les gains en efficience seraient pertinents à une demande d'autorisation, il ne nous surprendrait pas d'apprendre que les représentants de l'ACCC en tiendront compte dans le cadre du processus informel d'autorisation. En général, ce genre de processus informels vise à réaliser les mêmes objets que les processus officiels d'une façon plus rapide et moins coûteuse (peut-être également plus confidentielle). Si le processus officiel en cause est l'autorisation, nous pourrions supposer que les représentants de l'ACCC tiendraient compte des avantages publics du fusionnement lors d'un examen informel. Nous n'avons toutefois aucune confirmation que c'est bel et bien le cas.

[57] *Merger Guidelines*, 1999, para. 5.17. La citation de l'ACCC provient d'un rapport rédigé par le personnel de la Federal Trade Commission, « Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High-Tech Global Marketplace », *Antitrust & Trade Regulation Report*, vol. 70 n° 1765, cahier spécial du 6 juin 1996, p. S-36.

ces avantages pour les consommateurs, les gains en efficience en perdraient apparemment de leur poids.

En outre, si les gains en efficience créent une nouvelle ou une meilleure contrainte concurrentielle à l'égard des agissements unilatéraux d'autres entreprises sur le marché ou s'ils contribuent à miner des agissements coordonnés sur le marché, le fusionnement est moins susceptible de réduire sensiblement la concurrence. Si les gains en efficience invoqués « sont susceptibles d'entraîner des prix plus bas (ou pas sensiblement plus élevés), une production augmentée ou une meilleure qualité des biens ou services, le fusionnement ne peut pas réduire sensiblement la concurrence »[58].

L'ACCC reconnaît que les gains en efficience ne peuvent pas être quantifiés précisément, mais exigent des preuves solides et crédibles que « de tels gains en efficience seront probablement réalisés et que les avantages allégués pour la concurrence s'ensuivront probablement »[59].

Comme on l'a indiqué plus haut, aucun des quatre cas de fusionnement qui ont fait l'objet de poursuites ne traitait de la question des gains en efficience dans le cas d'une infraction à l'article 50[60]. Par conséquent, on ignore actuellement comment les tribunaux traiteraient les arguments fondés sur les gains en efficience. Il semblerait toutefois qu'ils éviteront de considérer les avantages en termes de gains en efficience en regard d'une réduction de la concurrence. Dans la mesure où ce serait possible de le faire, c'est dans le cadre du processus d'autorisation qu'il faudrait le faire. Par exemple, dans l'affaire *Davids* (1993), un appel de la décision de l'ACCC (qui était à l'époque la Trade Practices Commission) de ne pas accorder une autorisation, un juge a formulé le commentaire suivant :

> [TRADUCTION]
> « Des dispositions telles que l'article 50 ne sont pas des outils conçus pour permettre au Tribunal d'équilibrer d'une part les avantages économiques que pourraient entraîner les économies d'échelle et autres gains en efficience découlant d'un fusionnement en particulier

---

[58] *Merger Guidelines*, 1999, para. 5.172-3

[59] *Merger Guidelines*, 1999, para. 5.174

[60] Williams et Woodbridge (à venir).

> et d'autre part les inconvénients économiques du fusionnement comme les prix supérieurs que peuvent avoir à payer les consommateurs.. Toute tentative de trouver un tel équilibre est du ressort de la Trade Practices Commission lorsqu'elle examine une demande d'autorisation en vertu des paragraphes 88(9) et 90(9) et non du ressort du Tribunal, qui doit déterminer si l'article 50 fait obstacle à un fusionnement donné. »[61]

De plus, selon Corones (1999), puisque les gains en efficience étaient mentionnés dans les versions plus anciennes du paragraphe 50(3) mais en ont par la suite été retirés, les tribunaux peuvent en déduire que le Parlement avait l'intention de ne pas prendre en compte les gains en efficience dans un procès en vertu de l'article 50[62]. Dans l'affaire *Arnotts*[63] (une des quatre seules affaires de fusionnement qui ont été examinées par les tribunaux), le sujet des économies d'échelle a joué un rôle, mais par rapport à la puissance commerciale qui existait sur le marché des biscuits.

Nous pouvons donc conclure que le traitement des gains en efficience dans une analyse en vertu de l'article 50, que ce soit dans le cadre d'un examen informel ou d'une poursuite, est apparemment peu développé. Nous nous penchons maintenant sur les demandes d'autorisation.

2.4.2 Gains en efficience dans les demandes d'autorisation

Comme on l'a mentionné plus haut, la Loi ne définit pas le concept d'avantage public, mais plusieurs affaires se rapportant à l'autorisation de fusionnements ont traité du sujet. D'autres affaires concernant d'autres contraintes à la concurrence ont également pris en compte l'avantage public et donnent de bonnes indications du sens que donnent le Tribunal et l'ACCC aux avantages publics.

Comme on l'a indiqué, une autorisation est l'attribution d'une immunité contre les sanctions en vertu de l'article 50, l'ACCC jugeant que le fusionnement produit des avantages publics

---

[61] *Davids Holding Pty Ltd* v *Attorney-General (1994) 49 FCR 221; ATPR 41-304 at 42,098.*

[62] Corones (1999), p. 220.

[63] *Re Arnotts Ltd* v. *TPC* (1990) 24 FCR 313.

supérieurs au tort causé à la concurrence. Pour ce qui est de savoir ce qui est « public », le Tribunal a établi dans l'affaire *Re: Howard Smith Industries Ltd.* ce qui suit[64] :

(a) le terme « public » se rapporte au public australien;

(b) le terme « public » est plus vaste que simplement les consommateurs et permettrait la prise en compte d'économies d'échelle même si les économies de coûts ne sont pas transférées aux consommateurs au moyen de prix réduits;

(c) un avantage pour les actionnaires, sous forme de dividendes augmentés, peut constituer un avantage public, mais un avantage qui aurait moins de poids parce qu'il n'est pas distribué à grande échelle dans la communauté[65].

Il y a également des indications quant à ce qui compte comme un avantage. Certaines ont été données dans l'affaire *Re 7-Eleven Stores*, qui concernait la redétermination par le Tribunal d'une autorisation accordée par l'ACCC d'un système plus flexible en ce qui concerne la distribution des journaux. Le Tribunal a renversé la décision de l'ACCC et affirmé ceci :

> [TRADUCTION]
> « Les avantages publics ont été et sont toujours considérés dans un sens large par le Tribunal comme étant, selon les termes du jugement *QCMA*..., "toute chose de valeur pour la communauté en général, toute contribution aux buts que poursuit la société, y compris en tant qu'un de leurs principaux éléments (dans le contexte de la législation sur les pratiques de commerce) la réalisation des buts économiques d'efficience et de progrès". De toute évidence, l'évaluation de l'efficience et du progrès doit se faire dans la perspective de la société dans son ensemble : la meilleure utilisation possible des ressources de la société. Nous n'oublions pas que (dans le langage contemporain des sciences économiques) l'efficience est un concept englobant en général le "progrès" et qui désigne à la fois efficience de l'affectation des ressources, efficience de la production et efficience dynamique. »[66]

Selon les lignes directrices sur les fusionnements, le Tribunal considère que [TRADUCTION] « les avantages publics sous forme d'une plus grande efficience et d'une meilleure utilisation des ressources entraînant une diminution des coûts unitaires sont *de la plus grande importance* dans

---

[64] (1977) 28 F.L.R. 385.

[65] Voir Rowley et Baker (2000), p. 3-9.

[66] *Re 7-Eleven Stores Pty Ltd* (1994) ATPR 41-357, et voir Miller (2002), p. 756.

l'examen des demandes d'autorisation de fusionnements »[67] [nos italiques]. Ces avantages peuvent être des économies d'échelle et de gamme ou une technologie plus efficace permettant de réduire les coûts des intrants ou de l'énergie ou de regrouper des installations complémentaires de recherche-développement[68].

Il est évident que la notion d'avantage public est définie très largement. Dans l'affaire *Re ACI Operations*[69], l'ACCC acceptait qu'il y avait des avantages publics à ce que le requérant acquière le seul autre fabricant de contenant en vitre en Australie. L'ACCC énumérait un certain nombre d'éléments qui à son avis pouvaient aussi constituer autant d'avantages publics dans l'examen de demandes d'autorisation. Parmi eux figuraient le développement économique, le fait de favoriser les économies de coûts dans l'industrie, l'incitation à l'efficacité des entreprises et à la rationalisation industrielle, qui relèvent des gains en efficience. D'autres éléments, touchant davantage les buts sociaux, pouvaient également constituer des avantages pour la société. C'est le cas par exemple d'une augmentation de l'emploi ou de la prévention du chômage et en particulier d'une augmentation de l'emploi dans des régions précises. L'amélioration du choix de produits, de la qualité, de la sécurité et de l'information offerts aux consommateurs est pertinente à l'évaluation des avantages publics, comme l'est l'assistance aux petites entreprises – en ce qui concerne l'évaluation du prix de revient, la détermination des prix ou des initiatives de marketing – qui favorise leur compétitivité. La substitution des importations et l'augmentation des exportations reçoivent une place relativement importante et sont également les seuls facteurs indiqués dans la Loi dont la prise en considération est exigée – aux termes du paragraphe 90(9A)[70]. Enfin, des mesures visant à protéger l'environnement sont également considérées comme un avantage public.

---

[67] *Merger Guidelines*, 1999, para. 6.39.

[68] Voir par exemple l'affaire *Email Ltd./Simpson Ltd.* ATPR (CCH) ¶ 50-001 (1981). Elle est examinée dans Griffin et Sharp (1996), 680.

[69] *Re ACI Operations Pty Ltd* (1991) ATPR (Com) 50-108.

[70] Depuis la modification de la Loi en 1992. Les considérations liées aux importations et exportations figuraient dans les lignes directrices depuis 1986.

Il importe par ailleurs que les gains en efficience allégués soient durables. Dans l'affaire récente *Australian Pharmaceutical*[71], l'ACCC a jugé que même si les gains en efficience étaient considérables, « il était probable qu'ils se dissipent avec le temps. La perte de tension concurrentielle sur le marché entraînerait probablement une diminution des éléments dynamiques alimentés par la concurrence, qui influe grandement sur l'essor du marché. » Le nombre de participants sur le marché serait passé de trois à deux si le fusionnement avait été autorisé.

Il semble évident que l'effet du fusionnement sur la concurrence doit toujours être pris en considération, même en présence d'autres avantages publics acceptés. Dans l'affaire *QCMA*, le Tribunal a déterminé que pour évaluer les avantages du public, il fallait évaluer l'impact du fusionnement sur la concurrence. L'affaire concernait un fusionnement entre des minoteries. Il a indiqué ce qui suit :

[TRADUCTION]
(a) « un fusionnement peut améliorer le processus concurrentiel et ainsi produire un important avantage (...);
(b) mais les avantages allégués peuvent ne pas faire allusion à la concurrence (...). Cependant, notre appréciation des avantages énumérés doit s'appuyer sur notre compréhension du fonctionnement concurrentiel de l'industrie avec ou sans le fusionnement (...);
(c) un avantage allégué peut en fait être jugé nuisible lorsqu'il est considéré par rapport à sa contribution à un processus concurrentiel utile à la société (...);
(d) l'importance des avantages doit être mesurée par rapport aux effets anticoncurrentiels probables (et aux autres inconvénients) (...);
(e) en général, le rôle du Tribunal est perçu comme constituant un des moyens de réaliser l'objectif de fond de la Loi, à savoir la préservation et la promotion d'une concurrence utile. »[72]

Fait important, cette affaire et d'autres ont également révélé que le Tribunal était en train de formuler ce que Williams et Woodbridge (à venir) appellent un « critère de l'avenir avec ou sans ». Ce critère suppose que l'on compare le niveau de concurrence après le fusionnement à celui qui existerait à l'avenir si le fusionnement n'était pas autorisé. La comparaison pertinente

---

[71] *Re Australian Pharmaceutical Industries Limited and Sigma Company Limited*, A30215, 11 septembre 2002.

[72] *Re Queensland Co-operative Milling Assn Ltd* (1976) ATPR 40-012; voir *Merger Guidelines*, juin 1999, para. 6.33.

n'est pas avec les niveaux de concurrence du passé si on ne peut pas prévoir que ceux-ci demeurent les mêmes[73].

Il est également évident qu'il n'est pas nécessaire d'établir qu'il y a réduction sensible de la concurrence avant de pouvoir prendre en considération les avantages publics. Le Tribunal a affirmé qu'en accordant une autorisation, il n'est ni approprié ni nécessaire d'exprimer des points de vue quant au fait que le fusionnement contrevienne probablement ou non à l'article 50, mais le cadre qui est établi dans le chapitre 5 des lignes directrices sur les fusionnements demeure utile pour évaluer les effets du fusionnement sur la concurrence.

2.5 Méthode et critère du bien-être utilisés

2.5.1 Examens informels et contravention de l'article 50

Selon les lignes directrices sur les fusionnements, les gains en efficience ne sont pris en considération dans l'analyse des effets sur la concurrence que si les gains en efficience invoqués permettent à l'entreprise fusionnée de rehausser la concurrence sur le marché. Dans la citation figurant plus haut (voir 2.4.1), la concurrence rehaussée doit « ainsi profiter aux concurrents » et s'il y a un « délai dans lequel ces avantages pour les consommateurs vont se réaliser », ce sera retenu contre l'argument des gains en efficience. En outre, les gains en efficience doivent profiter à la concurrence et non, comme c'est le cas dans une demande d'autorisation, au public.

Le critère de bien-être pertinent ici semble être celui du surplus des consommateurs tel qu'il est défini au chapitre premier.

---

[73] Selon les lignes directrices sur les fusionnements, la méthode actuellement utilisée par l'ACCC suppose la comparaision entre la position qui serait pertinente à l'avenir si l'acquisition projetée n'était pas réalisée à la position qui surviendrait à l'avenir si cette acquisition projetée était réalisée. *Merger Guidelines*, juin 1999, para. 6.29.

2.5.2 Demande d'autorisation

Miller (2002) affirme que pour répondre aux exigences du paragraphe 90(9), il s'agit que l'ACCC pondère les inconvénients et les avantages. L'ACCC n'a pas expressément établi de pondération pour les avantages et les inconvénients – l'effet anticoncurrentiel – résultant du fusionnement pour le public. L'ACCC doit être convaincue qu'il y a un avantage net ou global après que tout inconvénient pour le public a été pris en considération[74].

Dans *QCMA*, le Tribunal affirmait ceci :

> [TRADUCTION]
> « Nous acceptons que la loi nous impose d'adopter une approche du genre bilan : nous devons dresser la somme des avantages et des inconvénients probables par suite de l'acquisition. »[75]

Certains supputent que le critère pertinent dans le cas des autorisations devrait être celui du surplus total décrit au chapitre premier. Selon Corones (1999), « tant que l'avantage public invoqué suppose une réduction des coûts de la société, il n'importe pas que l'économie de coûts ne soit pas transférée aux consommateurs sous forme de prix plus bas; cependant, il serait nécessaire de prendre en compte dans quelle mesure les économies de coûts sont partagées parmi l'ensemble des bénéficiaires »[76]. Dans *QCMA*, le Tribunal a indiqué que des avantages privés (p. ex., pour les actionnaires des entreprises se fusionnant) pourraient être considérés comme des avantages publics. Et dans l'affaire *7-Eleven Stores* mentionnée auparavent (2.4.2), le Tribunal affirmait que l'évaluation de l'efficience et du progrès doit se faire dans la perspective de la société dans son ensemble : la meilleure utilisation possible des ressources de la société.

Évidemment, affirmer que les actionnaires comptent n'équivaut pas à aller jusqu'à adopter un critère de surplus total où le dollar de surplus dont bénéficie un actionnaire a la même importance qu'un dollar de surplus profitant au consommateur. Comme nous percevons l'expérience australienne, la possibilité d'adopter une approche de surplus total existe dans les

---

[74] Miller (2002), p. 764.

[75] *Merger Guidelines*, juin 1999, para. 6.31.

[76] Corones (1999), p. 55.

cas d'autorisation, mais il est loin d'être évident que l'ACCC et le Tribunal sont disposés à aller aussi loin[77].

Cependant, il est évident que le critère du bien-être utilisé par l'ACCC et le Tribunal dans les demandes d'autorisation est différent de celui utilisé dans les autres affaires de fusionnement.

2.6 Gains en efficience et consommateurs

Comme nous venons de le voir, il semblerait qu'il n'y a pas d'exigence absolue que les gains en efficience profitent aux consommateurs, mais ces derniers demeurent un facteur pertinent. Les lignes directrices sur les fusionnements affirment que pour accorder une autorisation, il est pertinent d'analyser de quelle façon la réduction de la concurrence touche les consommateurs ultimes[78].

Dans *Howard Smith*, où une demande d'autorisation d'une coentreprise entre entreprises de remorquage a été rejetée, le Tribunal affirmait ceci :

> [TRADUCTION]
> « S'il est probable qu'un fusionnement entraîne la réalisation d'économies et une importante réduction des coûts associés à la fourniture d'un bien ou d'un service, cela peut très bien constituer un avantage important pour le public même si la réduction des coûts ne profite pas aux consommateurs sous forme de prix réduits. Néanmoins, si un tel fusionnement ne profitait qu'à un petit nombre d'actionnaires des sociétés requérantes sous forme de bénéfices et de dividendes supérieurs, le Tribunal pourrait donner moins de poids à cette conséquence puisque les avantages ne seraient pas largement répartis parmi les membres de la communauté. »[79]

La conclusion ressortant de l'affaire *Howard Smith* semble être que les consommateurs ne doivent pas nécessairement profiter du fusionnement, mais les avantages ne doivent pas être

---

[77] La discussion de l'affaire *Howard Smith* qui figure plus bas laisse entendre que les actionnaires ne recevraient pas nécessairement une pleine pondération dans tous les cas.

[78] *Re Rural Traders Co-operative (WA) Ltd. & Ors.* (1979), ATPR 40-110; voir *Merger Guidelines*, juin 1999, para. 6.36.

[79] (1977) 15 ALR 645; voir Corones (1994) p. 375.

limités aux actionnaires de l'entreprise fusionnée. Dans *Rural Traders*[80], il a également été admis que les avantages privés ne sont pas sans pertinence[81], de sorte que l'ACCC affirme dans les lignes directrices sur les fusionnements que les avantages publics ne se limitent pas aux avantages aux consommateurs. De plus, l'ACCC admet que même si un fusionnement crée des économies d'échelle ou d'autres économies de ressources, celles-ci ne doivent pas nécessairement être immédiatement accessibles aux consommateurs par l'entremise de prix réduits. Le fait qu'il y ait une économie globale de ressources dans la communauté est intéressant en soi.

Dans une affaire récente, *Australian Pharmaceutical*[82], l'ACCC a refusé l'autorisation, concluant que les gains en efficience seraient probablement retenus par l'entité fusionnée à son profit et au profit de ses actionnaires. Les gains en efficience réalisés ne peuvent profiter uniquement aux actionnaires.

Dans *Dupont*[83], le fusionnement entraînait une économie de ressources et des gains en efficience dans la production de cyanure de sodium, y compris des économies d'électricité et de capital et d'importants avantages environnementaux. Ces avantages n'avaient toutefois guère de chances de se traduire par des prix plus bas pour les consommateurs. L'autorisation a été accordée même si elle ne laissait subsister que trois entreprises détenant chacune environ 30 p. 100 du marché et se livrant concurrence avec une très faible rivalité de la part d'importations.

En somme donc, nous notons que dans les demandes d'autorisation, les gains en efficience n'ont pas besoin de profiter aux consommateurs. Dans un examen informel, les lignes directrices sur les fusionnements exigent que les gains en efficience compris dans l'analyse des effets d'un fusionnement sur la concurrence rehausse cette concurrence de façon à profiter aux consommateurs grâce à des prix plus bas, un choix plus vaste de produits ou une meilleure qualité.

---

[80] *Re Rural Traders Co-operative (WA) Ltd. & Ors.* (1979), ATPR 40-110.

[81] Miller (2002), p. 757

[82] *Re Australian Pharmaceutical Industries Limited and Sigma Company Limited*, A30215, 11 septembre 2002.

[83] *Re Dupont*, CA 95/23-24.

2.7 Gains en efficience propres au fusionnement

Les lignes directrices sur les fusionnements exigent que les gains en efficience invoqués soient propres au fusionnement lorsqu'il s'agit de demandes d'autorisation. Les parties doivent donc préciser comment ces effets sont reliés au fusionnement :

> [TRADUCTION]
> « Les demandes d'autorisation devraient clairement établir quels sont les avantages publics invoqués, comment ils se rapportent au fusionnement proposé, quelle est leur ampleur probable et dans quel délai ils se matérialiseront. Il est souvent difficile de mesurer les avantages publics en termes quantifiés précis. Malgré tout, les énoncés généraux quant aux avantages possibles ou probables ne recevront guère de considération à moins d'être étayés par des éléments factuels. »[84]

2.8 Possibilité de réaliser les gains en efficience d'une façon moins anticoncurrentielle

Les lignes directrices sur les fusionnements affirment que l'expression « non accessibles par d'autres moyens » faisait auparavant partie du critère des avantages publics mais que ce n'est plus une exigence absolue. Il reste qu'il doit toujours y avoir un lien entre les avantages invoqués et le fusionnement. L'ACCC est d'avis qu'il demeure pertinent de savoir si les avantages sont réalisables sans le fusionnement au moment de comparer les scénarios avec ou sans fusionnement. Les avantages qui seraient aussi accessibles d'une façon moins anticoncurrentielle recevraient moins de poids dans l'analyse[85].

La plus récente demande d'autorisation, dans *Australian Pharmaceutical*[86], concernait un fusionnement entre deux grossistes offrant une gamme complète de produits pharmaceutiques et aurait mené à une part de marché combinée de 60 p. 100 dans certains marchés, laissant un seul autre concurrent. En rejetant la demande, l'ACCC a indiqué que les parties n'avaient pas réussi à prouver que les avantages invoqués, parmi lesquels figurait une plus grande efficacité dans la distribution des produits pharmaceutiques, ne pourraient pas se réaliser sans le fusionnement.

---

[84] *Merger Guidelines*, juin 1999, para. 6.49.

[85] *Merger Guidelines*, juin 1999, para. 6.37.

[86] *Re Australian Pharmaceutical Industries Limited and Sigma Company Limited*, A30215, 11 septembre 2002.

Un pouvoir de négociation accru est considéré comme une économie pécuniaire et un simple transfert de richesse. Il ne peut en soi être considéré comme un avantage public. De telles économies ont été rejetées dans *Wattyl*[87], où la deuxième plus grande entreprise de peinture voulait acquérir la troisième. La présence d'importants obstacles à l'entrée et la faiblesse de la concurrence des importations dans ce qui était un marché fortement concentré ont contribué à cette décision.

2.9 Élimination ou quasi-élimination de la concurrence

Les lignes directrices sur les fusionnements ne précisent pas directement que les gains en efficience peuvent justifier ou compenser l'élimination ou la quasi-élimination de concurrents. Cependant, l'ACCC peut être disposée à accepter cette possibilité. Dans une récente allocution, le commissaire Ross Jones affirmait ceci :

> [TRADUCTION]
> « ... en accordant l'autorisation, la Commission accorde l'immunité d'un important principe économique. Il permet à des entreprises de réduire sensiblement la concurrence et ainsi d'obtenir une grande puissance commerciale, voire un pouvoir monopolistique. »[88]

Certaines affaires témoignent de la mise en application de la déclaration du commissaire Jones. Dans *Davids* (1996)[89], une demande d'autorisation d'acquérir QIW a été acceptée. Le fusionnement était le dernier dans une série de concentrations sur le marché des grossistes indépendants dans l'épicerie, la précédente étant l'intégration verticale des magasins de détail. Le fusionnement a été autorisé en raison des avantages publics admis, malgré le fait que Davids serait ainsi le seul grossiste indépendant sur le marché. Parmi les avantages pour le public figuraient d'importantes économies dans les installations d'entreposage et de distribution, la publicité et l'étendue des gammes de produits génériques. Bien que la concurrence ait été

---

[87] *Re Wattyl (Australia) Pty Ltd., Courtaulds (Australia) Pty Ltd.* (1996) ATPR 50-232.

[88] Allocution du commissaire Ross Jones lors du 13e atelier annuel du Competition Law and Policy Institute of New Zealand : « The Rationale for Merger Laws », 2 août 2002, p. 17.

[89] *Re Davids Limited* à l'égard de son projet d'aquisition de QIW Limited, affaire CA96/3.

sensiblement réduite sur le marché des grossistes indépendants, le fusionnement permettrait aux détaillants indépendants de mieux livrer concurrence aux chaînes de grandes surfaces.

Dans l'affaire *Pasminco Ltd*[90], la coentreprise entre Australian Mining & Smelting Ltd et North Broken Hill Holdings Ltd. a été autorisée parce qu'elle améliorait la compétitivité internationale et augmentait la valeur des exportations. Pourtant, le fusionnement ne laisserait subsister qu'un seul producteur sur le marché australien, lequel serait ainsi en position de dominer le marché. L'ACCC a jugé que la coentreprise entraînait plusieurs gains en efficience, dont les avantages de la rationalisation découlant de synergies à la production.

Dans *Adelaide Brighton*[91], il a été jugé que le fusionnement réduirait sensiblement la concurrence dans un marché en Australie-Occidentale, mais produirait des avantages publics en raison de rationalisations et augmenterait la concurrence sur d'autres marchés en Australie, ce qui était également considéré comme un avantage public.

Dans *Australian Pharmaceutical*, la réduction du nombre de concurrents de trois à deux était considérée comme un facteur qui réduirait la tension concurrentielle sur le marché. Les gains en efficience allégués étaient considérés probables selon l'ampleur calculée par les parties et ils rehausseraient la compétitivité dans d'autres domaines, comme la substitution des importations et l'augmentation des exportations.

La conclusion est qu'à tout le moins, l'élimination de la concurrence dans un ou plusieurs marchés peut être autorisée si les gains en efficience qui en découlent permettent à l'entreprise fusionnée de mieux livrer concurrence sur d'autres marchés, soit au pays ou à l'étranger.

2.10 Gains en efficience dans l'examen d'autres contraintes à la concurrence

Les accords anticoncurrentiels horizontaux sont visés par l'article 45 de la *Trade Practices Act*, qui interdit les accords entre concurrents ayant pour objet ou pour effet de fixer, de maintenir ou

---

[90] (1988) ATPR (Com.) 50-082.

[91] *Re Adelaide Brighton/Cockburn Cement*, A90682, 30 avril 1999.

de contrôler les prix[92]. D'autres accords qui prévoient de façon accessoire des éléments de fixation des prix ou de répartition du marché ne sont pas interdits en tant que tels, mais le seront s'ils réduisent sensiblement la concurrence. Pour qu'un accord soit autorisé, les parties doivent démontrer que l'objet de l'accord donnera aux parties un avantage tel qu'il améliorera leur aptitude à fournir des biens ou services au marché. L'avantage doit être partagé entre les parties et non se limiter à une seule partie. Les objets qui sont commercialement nécessaires, appropriés et raisonnables sont acceptables. Tous les types d'accord peuvent être autorisés sur demande par l'ACCC, comme c'est le cas pour les fusionnements dont il était question plus haut. Il doit être prouvé qu'il y a des avantages pour le public et que les avantages seraient supérieurs à l'inconvénient que l'accord entraînerait pour le public, conformément au paragraphe 90(6). En évaluant les avantages pour le public, l'élément le plus important est les gains en efficience.

Pareillement, le fait de se livrer à l'exclusivité[93] est interdit si l'objet ou l'effet en est de réduire sensiblement la concurrence, en vertu de l'article 47 de la Loi. Comme dans le cas des accords anticoncurrentiels ci-dessus, l'exclusivité ne sera pas interdite si l'objet n'est pas anticoncurrentiel. L'exclusivité peut être autorisée nonobstant qu'elle contrevienne à l'article 47, si l'ACCC accepte une notification – un processus semblable à la demande d'autorisation. Au contraire de ce qui est le cas dans la demande d'autorisation, la partie produisant une notification à l'égard d'un comportement n'a pas à attendre la décision de l'ACCC d'accepter la notification; elle peut produire la notification après avoir commencé le comportement. L'ACCC peut révoquer l'immunité accordée à l'égard de l'exclusivité si elle juge que le comportement réduit sensiblement la concurrence et que selon toutes les circonstances il ne semble pas y avoir d'avantage public compensatoire, ou les avantages publics ne sont pas supérieurs à l'inconvénient au public découlant de la réduction de la concurrence.

---

[92] Corones (1999), p. 155-184.

[93] Corones (1999), p. 241-271.

3 Union européenne

3.1 Contexte général

Dès qu'a été créée en avril 1951 la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), la politique de la concurrence a été un élément central de la politique de l'Union européenne (UE). Ce fait a été renforcé dans le *Traité instituant la Communauté économique européenne* (CEE; aujourd'hui, le *Traité de la CE*, ainsi qu'il sera désigné dans ce rapport) conclu à Rome en mars 1957 et entré en vigueur en 1958. Le *Traité de la CECA* contenait déjà des règles de concurrence – qui demeurent en vigueur – à l'égard des fusionnements entre entreprises de l'industrie du charbon ou de la sidérurgie. L'article 66 du Traité établissait que les fusionnements étaient assujettis à l'autorisation préalable de la Commission. Le *Traité de la CECA* continue d'exister (bien qu'officiellement, il doive prendre fin en 2002)[94], aux côtés de la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA) et de la Communauté européenne (CE). Lorsque surviennent des questions de concurrence relevant soit de la CECA ou de la CEEA, le *Traité de la CE* demeure d'application sauf dans le cas de dispositions *lex specialis* des Traités[95].

Le *Traité de la CE* ne prévoyait pas la réglementation des fusionnements parce qu'au moment de sa mise en œuvre, l'industrie européenne était plutôt fragmentée (après la Deuxième Guerre mondiale) et les concentrations étaient perçues comme un moyen d'intégrer l'Europe[96]. Au milieu des années 1970, un débat a débuté sur l'intérêt d'inclure les fusionnements dans le Traité ou s'il fallait prévoir des mesures législatives distinctes sous la forme d'un règlement du Conseil. Éventuellement, l'examen des fusionnements a été prévu par le Règlement sur les concentrations de 1989[97].

---

[94] CECA, article 97. On ignore toujours ce qu'il adviendra du traité, c'est-à-dire s'il sera renouvelé ou simplement incorporé au *Traité de la CE*.

[95] Lane (2000), p. 21.

[96] Lane (2000), p. 256-7.

[97] Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, tel que modifié par le Règlement 1310/97 du Conseil.

3.2 Processus d'examen des fusionnements

Le Règlement sur les concentrations adopte un critère de dominance. En vertu de l'article 2, paragraphe 3, un fusionnement sera interdit s'il crée ou renforce une position dominante[98] :

> Article 2 (3) : Les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun.

Un fusionnement au sens de l'article 3, point 1(a) du Règlement sur les concentrations en est un où deux ou plusieurs entreprises indépendantes s'amalgament pour former une nouvelle entreprise et cessent d'exister comme entités juridiques distinctes[99].

La Commission a la compétence exclusive de rendre une décision prévue par le Règlement sur les concentrations[100]. Les affaires tranchées par la Commission peuvent être examinées par le Tribunal de première instance puis par la Cour de justice, mais uniquement sur des points de droit, conformément à l'article 225(1) du *Traité de la CE*.

Pour que la Commission soit compétente à l'égard d'une concentration, celle-ci doit avoir une dimension communautaire. Le Règlement sur les concentrations fixe des seuils qui déterminent si le fusionnement est de dimension communautaire au sens des paragraphes 2 et 3 de l'article 1. La dimension communautaire se définit par deux critères. Le premier est que le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'écus, et que le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'écus[101].

---

[98] Règlement (CEE) no 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (ci-après appelé le Règlement sur les concentrations). Voir en annexe B le texte intégral de l'article 2 du Règlement sur les concentrations.

[99] Communication de la Commission sur le concept de concentration para. 6.

[100] Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, article 21, paragraphe 1.

Si un fusionnement n'atteint pas les seuils de ce premier critère, un second critère est appliqué, conformément au Règlement du Conseil 1310/97, qui détermine si le fusionnement est néanmoins de dimension communautaire. Les seuils pertinents sont les suivants[102] :

- le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'écus;
- dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'écus;
- dans chacun d'au moins trois États membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'écus;
- le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'écus;

à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre.

Les deux critères sont écartés si chacune des entreprises réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre. En ce cas, le fusionnement relève entièrement de l'autorité de l'État membre concerné[103]. C'est ce que l'on appelle le principe du « guichet unique », selon lequel la Commission a la compétence exclusive à l'égard des fusionnements de dimension communautaire et les entreprises se fusionnant n'ont à produire qu'une seule notification au sein de la Communauté[104]. Cela n'empêche pas un État membre de se pencher sur les fusionnements, lorsque la grande majorité du chiffre d'affaires des entreprises est réalisée exclusivement dans cet État.

---

[101] Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, article 1, paragraphe 2.

[102] Voir Rowley et Baker (2001), p. 17-18.

[103] Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, article 1, paragraphes 2 et 3; article 9.

[104] Contrôle communautaire des opérations de concentration – Livre vert concernant la révision du Règlement sur les concentrations, COM(96)19, 1996, p. 6.

La notification d'un fusionnement de dimension communautaire est obligatoire dans un délai d'une semaine suivant la conclusion d'un accord ou l'acquisition d'une participation de contrôle dans une entreprise, conformément au paragraphe 1 de l'article 4 du Règlement sur les concentrations.

En matière d'examen des fusionnements, la tâche de la Commission consiste à déterminer si un fusionnement est compatible ou incompatible avec le marché commun au sens du paragraphe 1, article 2 du Règlement sur les concentrations. Dans un délai d'un mois[105] suivant la notification du fusionnement, la Commission doit évaluer la situation et déclarer si le fusionnement ne soulève pas de questions de concurrence, auquel cas le fusionnement est jugé compatible avec le marché commun et peut être réalisé[106], ou s'il soulève de « sérieux doutes » quant à sa compatibilité[107], auquel cas la Commission mènera une enquête plus approfondie. Les « sérieux doutes » concernent des concentrations qui « créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence efficace serait entravée de manière significative », au sens du paragraphe 3, article 2 du Règlement sur les concentrations. Le préambule du Règlement prévoit un refuge : il affirme que les fusionnements qui entraînent une part de marché inférieure à 25 p. 100 sont moins susceptibles de soulever des questions de concurrence.

Pour déterminer si les doutes initiaux quant au caractère du fusionnement sont raisonnables, la Commission lance une enquête qui ne peut durer plus de quatre mois[108], après quoi elle doit rendre une décision.

La concurrence efficace est considérée comme étant entravée de façon significative si les entreprises se fusionnant peuvent se comporter de façon relativement indépendante des concurrents qui subsistent sans perdre de part de marché et qu'il n'y a guère de nouveaux concurrents susceptibles d'éroder cette position[109]. Ainsi, une position dominante est définie

---

[105] Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, article 10, paragraphe 1.

[106] Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, article 2, paragraphes 2 et 6(1b).

[107] Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, article 2, paragraphes 3 et 6(1c), tels que modifiés par 1310/97.

[108] Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, article 10, paragraphe 3.

[109] Brittan (1991), p. 36-38.

comme étant [TRADUCTION] « *le pouvoir de se comporter de façon sensiblement indépendante de ces concurrents ou d'acquérir une influence appréciable sur la détermination des prix sans perdre de parts de marché* »[110].

Bien que la part de marché d'une entreprise ne soit pas le seul facteur déterminant le degré de dominance, il importe de reconnaître que pour être jugé dominante en vertu du Règlement sur les concentrations, il n'est pas nécessaire qu'une entreprise jouisse d'un monopole ou d'un quasi-monopole. Un examen des affaires passées et de certains documents de la Commission permet de croire que les questions de dominance peuvent survenir lorsque les parts de marché approchent des 50 p. 100[111].

3.3 Contexte historique et évolution du rôle des gains en efficience

Comme on l'a vu, la législation sur la concurrence a fait partie du droit communautaire dès l'entrée en vigueur du *Traité de la CEE* en 1958. Le fait que la législation sur la concurrence tienne une place si importante dans l'Union européenne est évident dans le préambule du *Traité de la CE*, où on lit que « *l'élimination des obstacles existants appelle une action concertée en vue de garantir la stabilité dans l'expansion, l'équilibre dans les échanges et la loyauté dans la concurrence* »[112]. En outre, les principes énoncés dans la partie 1 du Traité confère à la Communauté le pouvoir et le devoir de créer « *un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur* », à l'égard de l'article 3, point (g), en vue d'exécuter les tâches prévues à l'article 2.

Les principes du Traité, comme on le voit ci-dessus, mettent l'accent sur l'intégration en vue de réaliser les buts de l'Union européenne et au premier chef l'intégration des économies des États membres et la protection du marché interne. Il importe de se rappeler les objectifs plus vastes de

---

[110] Affaire IV/M004 – Renault/Volvo, 7.11.1990.

[111] OCDE/GD(96)65, p. 54. Il se peut que le seuil minimum pour la dominance soit plus bas. Griffin et Sharp (1996), p. 664, font état du pont de vue selon lequel une part de marché de 40 p. 100 peut suffire à susciter des questions de dominance.

[112] Préambule du *Traité de la CE*.

l'Union européenne en se penchant sur les règles et autres mesures législatives de la CE en matière de concurrence.

Avant l'entrée en vigueur du Règlement sur les concentrations, seulement deux fusionnements[113] avaient été examinés en vertu de l'article 82 du *Traité de la CE*. L'application des dispositions sur les monopoles de l'article 82 à l'égard de fusionnements était très limitée : elle n'était de mise qu'en cas de fusionnement où une entreprise détenait déjà une position dominante. Elle ne permettait pas de traiter de cas où un fusionnement créait une entreprise dominante. Il a par ailleurs été établi que les restrictions de l'article 81 à l'égard des accords interentreprises qui réduisent la concurrence pouvaient s'appliquer aux fusionnements, bien que depuis l'adoption du Règlement sur les concentrations, ni l'article 81 ni l'article 82 n'ont été invoqués à l'égard de fusionnements[114].

Comme l'examen formel des fusionnements n'a réellement débuté qu'il y a un peu plus de dix ans, l'évolution historique de la prise en considération des gains en efficience dans les fusionnements est limitée. De fait, comme nous le verrons, il est difficile de déterminer au juste quel est le rôle des gains en efficience dans l'examen des fusionnements au sein de l'Union européenne.

3.4 Définition et mesure des gains en efficience

Les exigences de l'examen des fusionnements au sein de l'aire de compétence de la Commission sont énoncées au paragraphe 1 de l'article 2. Celui-ci exige une vaste analyse du marché prévoyant notamment la prise en compte :

> « a) de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le marché commun au vu notamment de la structure de tous les marchés en cause et de la

---

[113] Voir *Europemballage et Continental Can/Commission*, affaire 6/72, Rec. 1973, p. 215 et décision de la Commission dans l'affaire *Tetra Pak I*, 26.7.1988, L 272/27.

[114] Rowley et Baker (2001), p. 17-44.

concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté;

b) de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence. »

Il se pose une sérieuse question à savoir si le point 1(b) de l'article 2 autorise une défense fondée sur les gains en efficience. La clé réside dans l'expression « l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence ». Le Règlement sur les concentrations n'offre aucune autre indication quant au sens de qu'il faut lui donner, mais la publication *Notes on Council Regulation 4064/89*[115] fait allusion à la façon dont le principe est compris dans d'autres parties du *Traité de la CE*, notamment de l'article 81, paragraphe 3 – laissant entendre que des interprétations semblables pourraient être de mise pour les fusionnements.

Le progrès technique et économique fait également partie de l'évaluation des exemptions par catégorie à l'égard d'accords qui seraient autrement interdits en vertu de l'article 81, paragraphe 1 du *Traité de la CE*. Cette disposition interdit les accords qui ont pour objet ou pour effet de prévenir, de limiter ou de dénaturer la concurrence. De tels accords prennent généralement la forme de pratiques concertées comme la fixation des prix ou la répartition du marché. L'exemption prévue par l'article 81, paragraphe 3 sera concédée dans le cas d'accords « qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ». Il s'agit apparemment là d'un ensemble plus vaste de gains en efficience que

---

[115] Notes on Council Regulation 4064/89
(www.europa.eu.int./comm/competition/mergers/legislation/regulation/notes.html).

celui pris en considération pour les fusionnements, compte tenu de l'expression « améliorer la production ou la distribution des produits ». Il n'est pas évident de savoir si la Commission juge que les gains en efficience pertinents sont différents dans les deux cas. À noter également, en vertu de l'article 81, paragraphe 3, l'accord ne doit pas imposer à des entreprises de restrictions qui ne sont pas nécessaires pour réaliser les objectifs, et il ne doit pas donner aux entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence.

La Commission a publié un avis sur l'applicabilité de l'article 81 du *Traité de la CE* aux accords horizontaux[116], qui sert de guide à l'établissement des principes pour l'évaluation d'accords de coopération horizontaux respectant les exigences de l'article 81, paragraphe 3[117]. Cela peut aider à interpréter le Règlement sur les concentrations. L'avis définit les progrès économiques et techniques en termes de gains en efficience statiques et dynamiques, dont il faut démontrer qu'ils découlent de l'accord de coopération et qui ne doivent pas être réalisables d'une façon qui serait moins restrictive pour la concurrence. En outre, les allégations de gains en efficience doivent être démontrées, ce qui signifie que des affirmations générales quant aux avantages économiques de l'accord ne suffisent pas. Les allégations de réduction des coûts qui découlent d'une réduction de la production, de la répartition du marché ou du simple exercice d'une puissance commerciale ne sont pas prises en compte. Un critère important au sujet des accords est que si l'une des parties à un accord est dominante ou le devient en conséquence, de sorte que l'accord prévient, dénature ou limite la concurrence, cet accord ne peut pas être exempté[118].

L'avis décrit le genre de gains en efficience qui peuvent être invoqués, mais la manière dont ils sont traités est différente pour les accords relevant de l'article 81, paragraphe 3 et les fusionnements relevant du Règlement sur les concentrations. Aux termes de l'article 81, paragraphe 3, les gains en efficience peuvent compenser les effets restrictifs pour la concurrence pourvu que la concurrence ne soit pas éliminée et que les consommateurs reçoivent une part

---

[116] Communication de la Commission : Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, JO C 3 du 06.01.2001, p. 2.

[117] Voir les règlements de la Commission 2658/2000, touchant les exemptions à l'égard des accords de spécialisation, et 2659/2000, touchant les exmption à l'égard des accords de recherche et de développement.

[118] Communication de la Commission (2001/C 3/01), para. 36.

raisonnable des avantages. En vertu du Règlement sur les concentrations par contre, les gains en efficience doivent être à l'avantage des consommateurs. Bien qu'il ne soit certainement pas évident que ce soit un critère plus exigeant que celui de la part raisonnable, c'est ce qu'estiment certains observateurs – jugeant de fait que cela suppose l'obligation de faire profiter les consommateurs de tous les gains en efficience. Whish (2001) est de cet avis, soutenant que les gains en efficience au sens de l'article 81, paragraphe 3 peuvent servir comme maître-atout contre une restriction de la concurrence pourvu que l'élimination de la concurrence ne prenne pas une ampleur excessive. L'article 2, paragraphe 1 du Règlement sur les concentrations semble toutefois suggérer que si la concurrence est touchée dans quelque mesure que ce soit, les gains en efficience ne peuvent servir à les compenser[119]. Une autre interprétation nous semble possible à l'égard du critère des « avantages pour les consommateurs », en le considérant davantage comme un surplus des consommateurs ou un critère des prix. Après tout, un fusionnement qui réduit les prix ou augmente le surplus des consommateurs même de peu serait à l'avantage des consommateurs même s'il créait en même temps une grande puissance commerciale.

Cependant, dans sa contribution au rapport de 1996 de l'OCDE[120], la Commission établit clairement qu'elle n'accepte (du moins en 1996) aucun genre de défense fondée sur les gains en efficience pour les fusionnements :

> [TRADUCTION]
> « Il n'y a pas de réelle possibilité juridique d'invoquer une défense fondée sur les gains en efficience en vertu du Règlement sur les concentrations. Des gains en efficience sont présupposés pour tous les fusionnements jusqu'à la limite de la dominance. Toute question de gains en efficience est examinée dans l'évaluation globale en vue de déterminer si une position dominante a été créée ou renforcée et non pour justifier ou atténuer cette position dominante en vue d'autoriser un fusionnement qui serait autrement interdit. »

---

[119] Whish (2001), p. 778-779.

[120] OCDE/GD(96)65 « Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements ».

Dans le même document de l'OCDE[121], la Commission affirme également voir un plus grand rôle pour les gains en efficience dans les affaires relevant de l'article 81, paragraphe 3 – qualifiant l'application de la défense fondée sur les gains en efficience en vertu de l'article 81, paragraphe 3 d'échelle mobile. Selon ce principe d'échelle mobile, plus la concurrence est entravée, plus les gains en efficience doivent être importants pour justifier une exemption. Tel n'est pas le cas pour les fusionnements, où il y a présomption que les gains en efficience atteignent la limite de la dominance. Dans les fusionnements, les gains en efficience ne peuvent justifier ou atténuer la dominance.

Le tout laisse supposer qu'à l'égard des fusionnements, l'Union européenne a adopté deux des stratégies décrites au premier chapitre : elle a fixé des seuils élevés (dominance) pour déclencher une intervention, de façon à garantir que la plupart des fusionnements et leurs gains en efficience ne soient pas menacés; et elle intègre les questions des gains en efficience comme élément pour déterminer si un fusionnement crée ou renforce une dominance.

Les préoccupations à l'effet que la Commission pourrait considérer les gains en efficience comme étant négatifs découlent probablement du fait que l'article 2, paragraphe 1, point (b) limite la prise en compte de « l'évolution du progrès technique et économique » aux cas où elle « ne constitue pas un obstacle à la concurrence ». Ainsi, un fusionnement qui engendre des gains en efficience renforçant un concurrent mais nuisant à ses rivaux pourrait être interdit même si les consommateurs en profitaient.

La jurisprudence est très limitée sur le traitement des gains en efficience dans les affaires de fusionnement. Griffin et Sharp (1996) soutiennent que cela peut être dû au manque d'indications dans le Règlement sur les concentrations, à l'incertitude quant à l'effet d'une défense fondée sur les gains en efficience lorsqu'il y a dominance et aux difficultés générales qu'il y a à quantifier les gains en efficience. Certains observateurs vont jusqu'à laisser entendre que même si les parties à un fusionnement font allusion à des gains en efficience, la Commission ne tente pas

[121] OCDE/GD(96)65 « Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements », p. 53.

d'évaluer leur importance, ni à plus forte raison de les quantifier[122]. Whish (2001) résume les décisions de la Commission dans les affaires où des gains en efficience avaient été invoqués en les regroupant sous trois catégories :

(i) la Commission détermine que le fusionnement ne crée ni ne renforce une position dominante et considère donc que l'évaluation des gains en efficience est superflue;

(ii) la Commission rend des décisions qui rejettent, sans guère donner de détails, les allégations des parties quant à des gains en efficience;

(iii) la Commission juge que les gains en efficience ne seront probablement pas transférés au consommateur et n'autorise pas le fusionnement.

Remarquablement, la Commission n'avait *jamais* conclu qu'un fusionnement pouvait être autorisé au titre des gains en efficience, malgré la création ou le renforcement d'une position dominante.

Dans un rapport commandé par la Commission[123], Ilzkovitz et Meiklejohn (2001) se montrent sévères à l'égard du traitement que réservent aux gains en efficience la Commission et le Règlement sur les concentrations, affirmant que le Règlement et la jurisprudence évoquent plutôt une « *infraction fondée sur les gains en efficience* ». D'abord, ils perçoivent trois différences importantes dues au fait que le Règlement sur les concentrations, au contraire de l'article 81, paragraphe 3, ne mentionne que les progrès techniques et économiques – et non les améliorations à la production et à la distribution. Les auteurs concluent que cette omission traduit une conception étroite des gains en efficience se limitant à ceux découlant d'innovations, qu'il est de toute évidence plus difficile de mesurer que les économies d'échelle. Deuxièmement, la différence dans la prise en considération du bien-être des consommateurs, entre l'article 81, paragraphe 3 et le Règlement sur les concentrations, fait en sorte que le Règlement soit plus difficile à interpréter. Dans l'article 81, paragraphe 3, une part raisonnable doit être transférée au consommateur, alors qu'il n'y a aucune exigence en ce sens dans le Règlement sur les

---

[122] Nevens, Papandropoulous et Seabright (1998), p. 106.

[123] Ilzkovitz et Meiklejohn (2001), p. 13-15.

concentrations. Les auteurs supposent que deux interprétations sont possibles : que les gains en efficience sont toujours suffisants (jusqu'au point où une dominance est créée); ou que les gains en efficience doivent être entièrement transférés aux consommateurs (ce qui rendrait un fusionnement inutile pour les actionnaires). Enfin, les auteurs soulignent que le fait d'exiger que des progrès techniques et économiques ne constituent pas un obstacle à la concurrence empêche toute défense fondée sur les gains en efficience puisque ceux-ci sont susceptibles de rehausser la puissance commerciale des entreprises. Voilà pourquoi les auteurs parlent d'une « infraction fondée sur les gains en efficience ». L'affaire *Danish Crown/Vestjyske Slagterier* est mentionnée comme étant celle démontrant le mieux les points de vue de la Commission :

> [TRADUCTION]
> « En ce qui concerne ces gains en efficience, il faut noter qu'en vertu de l'article 2, paragraphe 1, point (b) du Règlement sur les concentrations, la Commission peut prendre en compte l'évolution du progrès technique et économique uniquement pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence. La création d'une position dominante dans les marchés pertinents précisés ci-dessus signifie donc que l'argument des gains en efficience invoqués par les parties ne peut pas être pris en considération dans l'évaluation du présent fusionnement. »[124]

Selon d'autres observateurs, cette « infraction fondée sur les gains en efficience » découlent de décisions de la Commission qui semblent considérer les gains en efficience comme un élément renforçant la conclusion qu'il existe une position dominante. C'est dire que les gains en efficience sont considérés comme des éléments donnant à l'entreprise fusionnée un avantage par rapport aux autres entreprises sur le marché et ouvrant la voie aux abus de cette position[125]. Bien que les gains en efficience aient été considérés insignifiants dans l'affaire *de Havilland*[126] (voir aussi ci-dessous), la Commission a conclu que les gains en efficience associés à une position dominante entraîneraient probablement de la part de l'entreprise fusionnée une stratégie de prix d'éviction visant à éliminer les autres concurrents du marché.

---

[124] Décision de la Commission 2000/42/EC du 9 mars 1999 (JO L 20, 25.1.2000).

[125] Frédéric Jenny (membre du Conseil de la concurrence, en France) a exprimé l'opinion que non seulement il n'y a pas de défense fondée sur les gains en efficience en vertu du Règlement sur les fusionnements de la CEE, mais qu'il peut y avoir une infraction fondée sur les gains en efficience. Jenny (1992), p. 597.

[126] Aérospatiale-Alenia/de Havilland, décision de la Commission 91/619/CEE du 2 otobre 1991.

Les opinions d'Ilzkovitz et Meiklejohn sont à ce sujet plus tranchées que celles de la plupart des autres observateurs, mais illustrent la gamme d'opinions sur ces questions. À l'autre extrémité, le commissaire Monti, tout en convenant implicitement qu'il n'existe aucune défense fondée sur les gains en efficience, s'oppose à la suggestion qu'il existe une « infraction fondée sur les gains en efficience » :

> [TRADUCTION]
> « De nombreux répondants considèrent que la Commission devrait au nom d'une saine politique de contrôle des concentrations fondée sur les règles économiques tenir compte des gains en efficience lorsqu'elle évalue les effets globaux probables d'une concentration proposée. En d'autres termes, ils estiment qu'il devrait y avoir une "défense fondée sur les gains en efficience" qui serait une circonstance atténuante dans le cas d'une position dominante. Je suis d'accord avec cette approche... Je l'ai déjà dit, mais permettez-moi de le clarifier une fois pour toutes : il n'y a aucune soi-disant "infraction fondée sur les gains en efficience" dans le droit et la pratique du contrôle des fusionnements dans l'UE. »[127]

3.5 Méthode et critère du bien-être utilisés

Dans l'Union européenne, les gains en efficience invoqués doivent être à l'avantage des consommateurs, en vertu de l'article 2, paragraphe 1(b). Cependant, il n'est pas clair si cela signifie que tout le progrès doit profiter aux consommateurs sous forme de prix plus bas ou si le prix ne doit simplement pas augmenter en raison du fusionnement. Comme nous le verrons plus loin, d'après la jurisprudence de l'Union européenne, il ne semble pas que le fait d'invoquer des gains en efficience puisse être considéré comme une défense pour un fusionnement qui entrave la concurrence. Même si le progrès profitait aux consommateurs, il est hautement improbable qu'un fusionnement créant ou renforçant une position dominante puisse être autorisé au titre de gains en efficience allégués. Cette approche est cohérente par rapport au *critère du surplus des consommateurs* ou au *critère des prix* définis au premier chapitre.

---

[127] Monti (2002), dans une allocution lors d'une conférence sur la réforme du contrôle des concentrations par la Communauté européenne.

3.6 Gains en efficience et consommateurs

D'après la jurisprudence, il semble que les gains en efficience allégués doivent profiter au consommateur, soit au moyen de prix plus bas, d'un choix plus vaste de produits ou d'une qualité améliorée du produit.

Le Règlement sur les concentrations affirme expressément, à l'article 2, paragraphe 1(b), que le progrès technique et économique doit être à l'avantage des consommateurs. En examinant des affaires précises, la Commission a recherché des preuves en ce sens. Dans *de Havilland*[128], la Commission a jugé que les gains en efficience allégués étaient insignifiants (0,5 p. 100) et que même s'ils existaient, il n'était pas démontré qu'ils profiteraient aux consommateurs. Les gains en efficience peuvent au lieu aider à renforcer une position dominante. L'affaire *de Havilland* concernait l'acquisition conjointe de cet avionneur par l'Aérospatiale (de France) et Alenia (d'Italie). L'Aérospatiale et Alenia constituaient ensemble le plus grand fabricant au monde d'avions régionaux et de Havilland, le deuxième. L'acquisition aurait donné à l'entreprise fusionnée une part de marché mondiale de 50 p. 100, le plus proche concurrent ne détenant que 19 p. 100. La Commission a également conclu que le fusionnement réduirait sensiblement le choix de produits du consommateur. Le fusionnement a été interdit et l'affaire a suscité d'amples discussions au sujet de la définition du marché de la Commission – certains la trouvant trop étroite.

Le cas Accor/Wagons-lits[129] concernait le fusionnement de services de restauration sur les autoroutes. Les gains en efficience invoqués se rapportaient à la formation du personnel et à la modernisation. La Commission a jugé que la preuve n'était pas suffisante. Les gains en efficience auraient également été insuffisants pour compenser tout effet anticoncurrentiel et, en raison de l'inélasticité de la demande à l'égard des services, il n'était pas probable que les avantages auraient profité aux consommateurs. Le fusionnement a en fin de compte été autorisé sous réserve d'engagements.

---

[128] Aérospatiale-Alenia/de Havilland, décision de la Commission 91/619/CEE du 2 octobre 1991.

[129] Affaire IV/M.126, 1992 JO (L2041) 1; 5 C.M.L.R. M13 (1993).

3.7 Gains en efficience propres au fusionnement et possibilité de les réaliser d'une façon moins anticoncurrentielle

Il semble que l'Union européenne exige clairement que les gains en efficience soient propres au fusionnement et qu'ils ne soient pas réalisables d'une façon moins anticoncurrentielle.

Dans *de Havilland*[130], les gains en efficience invoqués n'étaient pas jugés propres au fusionnement et la Commission a conclu qu'ils pourraient être réalisés par d'autres moyens.

L'affaire *Nordic Satellite Distribution*[131] concernait une coentreprise dans la distribution par satellite de signaux de télévision dans la région nordique. La coentreprise a été interdite même si elle aurait créé d'importants gains en efficience. Il a été jugé que ceux-ci pourraient être réalisés d'une façon moins anticoncurrentielle.

L'affaire *Mercedes-Benz/Kassbohrer*[132] concernait un fusionnement entre fabricants d'autobus qui a éventuellement été autorisé sous réserve de certains engagements. La Commission avait d'abord rejeté les gains en efficience parce qu'il ne semblait pas suffisamment démontré qu'ils résultaient du fusionnement.

3.8 La possibilité que les gains en efficience justifient ou compensent l'élimination ou la quasi-élimination de la concurrence

Les gains en efficience ne peuvent pas justifier ou compenser l'élimination de la concurrence efficace. La dominance constitue la limite maximale à la concurrence. Si la dominance est la conséquence d'un fusionnement, le fusionnement ne sera pas admis quels que soient les gains en efficience. Dans *MSG Media Service*[133], un argument fondé sur des gains en efficience a été rejeté parce que la coentreprise aurait créé une position dominante. La coentreprise fusionnait trois grandes entreprises fournissant des services numériques de télévision payante. La

---

[130] Aérospatiale-Alenia/de Havilland, décision de la Commission 91/619/CEE du 2 octobre 1991.

[131] Affaire IV/M.490, 5 C.M.L.R. 258 (1995).

[132] Affaire IV/M.477 (14 février 1995), [1995] JO L211/1.

[133] Affaire IV/M.469 – MSG Media Service, para. 100-101.

Commission a affirmé que nonobstant les contributions au progrès technique et économique, il ne fallait créer aucun obstacle à la concurrence.

Dans des affaires récentes, lorsque la Commission rejette un fusionnement en raison de la création d'une dominance, la question des gains en efficience n'est jamais soulevée – ou en tout cas jamais mentionnée dans les comptes rendus.

3.9 Énoncés de politique ou lignes directrices sur le traitement des gains en efficience dans l'examen des fusionnements

Le Livre vert du 11 décembre 2001 concernant le Règlement sur les concentrations ouvre la discussion sur l'examen des allégations de gains en efficience dans le Règlement sur les concentrations. Comme on l'a vu plus haut, la Commission reconnaît le peu d'importance accordé aux gains en efficience jusqu'à présent dans les affaires de fusionnement et admet que la place précise à faire pour la prise en compte de telles considérations n'a pas encore été entièrement définie[134]. La Commission appuie le débat qui se poursuit quant à savoir comment et dans quelle mesure les gains en efficience devraient être intégrés à la politique de concurrence de l'Union européenne, mais il semble plutôt improbable que des décisions soient prises prochainement. Dans le même rapport, la Commission discute des implications qu'il y aurait à renoncer au critère de la dominance en faveur d'un critère de réduction sensible de la concurrence comme c'est le cas au Canada, aux États-Unis et en Australie. Le fait que le nombre de fusionnements touchant plusieurs administrations à l'échelle mondiale soit en augmentation et que les autorités antitrust soient appelées à coopérer plus étroitement est un argument en faveur du critère de la réduction sensible de la concurrence. L'utilisation d'un même critère faciliterait en effet la coopération[135].

---

[134] Livre vert concernant la révision du Règlement sur les concentrations (règlement (CEE) n° 4064/89), Bruxelles, COM(2001) 745/6 final du 11.12.2001, para. 170.

[135] Livre vert concernant la révision du Règlement sur les concentrations (règlement (CEE) n° 4064/89), Bruxelles, COM(2001) 745/6 final du 11.12.2001, para. 159-169.

4 Royaume-Uni

4.1 Contexte général

Le contrôle des fusionnements est apparu dans la politique de concurrence du Royaume-Uni avec l'adoption en 1965 de la *Monopolies and Mergers Act* (Loi sur les monopoles et les fusionnements), mais le système d'examen des fusionnements demeure aujourd'hui en phase de changement. Depuis l'entrée en vigueur de la *Competition Act 1998* (Loi sur la concurrence), le Royaume-Uni souscrit en principe à la politique de concurrence de l'Union européenne bien que la loi de 1998 ne comprenne pas de dispositions pour les fusionnements et que ceux-ci continuent à être régis par la *Fair Trading Act 1973* (Loi sur les pratiques loyales de commerces)[136]. Un livre blanc publié en juillet 2001 indiquait que le Royaume-Uni se préparait à adopter une nouvelle loi sur la concurrence, qui connaît essentiellement la même évolution que le système en place[137]. Parmi les changements proposés, les plus importants consistent à exclure les ministres du processus décisionnel sauf à l'égard d'affaires exceptionnelles relevant de l'intérêt public; de remplacer l'actuel critère de l'*intérêt public* par celui de la *réduction sensible de la concurrence*; de permettre les fusionnemens anticoncurrentiels lorsqu'ils produisent globalement des avantages pour les consommateurs; et d'améliorer la transparence dans le processus d'examen des fusionnements.

4.2 Processus d'examen des fusionnements

La disposition pertinente de la *Fair Trading Act* (la Loi) pour ce qui est de déterminer si un fusionnement doit ou non être autorisé est l'article 73. Celui-ci prévoit que le secrétaire d'État au Commerce et à l'Industrie (le secrétaire d'État) est habilité à prendre des mesures pour pallier ou prévenir tout effet négatif d'un fusionnement lorsqu'il s'avère que ses effets ou ses effets prévisibles vont à l'encontre de l'intérêt public. Pour déterminer si c'est le cas, l'article 84 précise que la Commission (de la concurrence) prendra en considération toutes les questions qui lui semblent pertinentes dans les circonstances et dresse une liste d'exemples de telles questions.

---

[136] Voir en annexe C les dispositions pertinentes de la Loi.

[137] Ministère du Commerce et de l'Industrie : « A world Class Competition Regime », juillet 2001.

Cette liste comprend des questions de concurrence ainsi que des facteurs sociaux. En général, la notion d'intérêt public est conçue de façon très large.

Le paragraphe 84(1) de la Loi contient certaines indications sur la façon d'interpréter le concept. En l'occurrence, la Commission doit prendre en considération toutes les questions qui lui paraissent pertinentes dans les circonstances eu égard notamment au fait qu'il est souhaitable de :

(a) maintenir et promouvoir une concurrence efficace au Royaume-Uni;
(b) promouvoir les intérêts des consommateurs, des acheteurs et d'autres utilisateurs au Royaume-Uni;
(c) promouvoir par la concurrence la réduction des coûts et la mise au point et l'adoption de nouvelles techniques et de nouveaux produits, et faciliter l'arrivée de nouveaux concurrents sur les marchés existants;
(d) maintenir et promouvoir une distribution équitable de l'industrie et de l'emploi au Royaume-Uni;
(e) maintenir et promouvoir sur les marchés à l'extérieur du Royaume-Uni l'activité concurrentielle de producteurs et de fournisseurs de biens et services du Royaume-Uni.

Bien que ces buts dépassent largement la simple protection de la concurrence, les gouvernements ont récemment eu tendance à s'attarder surtout aux facteurs visant le renforcement de la concurrence et moins aux autres facteurs. Telle est assurément l'orientation que le gouvernement annonce avec les prochaines réformes[138].

Il importe de signaler la différence dans le rôle joué par ce critère de l'intérêt public et celui des avantages publics de l'Australie. Dans le système du Royaume-Uni, le critère de l'intérêt public sert à lui seul à déterminer si un fusionnement est souhaitable – puisqu'il n'y a pas d'autre critère visant la réduction sensible de la concurrence ou la dominance, à l'exception des conditions limitées imposées au moyen des seuils sur les actifs ou la part de marché décrits ci-dessous. En revanche, le critère australien des avantages publics est un élément du processus d'autorisation

[138] Voir par exemple Rowley et Baker (2001, p. 63-69).

qui n'entrerait en jeu – du moins en principe – que s'il y avait raison de redouter que le fusionnement réduirait sensiblement la concurrence. Cette différence laisse supposer qu'un fusionnement pourrait être bloqué au Royaume-Uni (en principe) même s'il n'a aucun effet sur la concurrence, dès lors qu'il nuirait à d'autres aspects de l'intérêt public.

Les enquêtes sur les fusionnements et acquisitions au Royaume-Uni relèvent actuellement d'un processus mettant en jeu trois entités distinctes. L'Office of Fair Trading (OFT) (Bureau des pratiques loyales de commerce) (dirigé par un directeur général), la Competition Commission (CC) (Commission de la concurrence) (jadis la Monopolies and Mergers Commission – Commission des monopoles et des fusionnements) et le secrétaire d'État du ministère du Commerce et de l'Industrie. La CC relève du secrétaire d'État et doit observer les politiques qu'il énonce. Le processus est foncièrement administratif et les tribunaux n'y jouent essentiellement aucun rôle.

L'OFT est chargé de surveiller les fusionnements et acquisitions – qui n'ont pas à être notifiés – sur le marché du Royaume-Uni. Lorsque l'OFT juge qu'un fusionnement pourrait nuire à l'intérêt public, il en informe le secrétaire d'État. Si le cas le justifie, le secrétaire d'État peut décider s'il faut ou non le soumettre à la CC en vue d'une enquête même si en octobre 2000, le secrétaire d'État a annoncé qu'il suivra l'avis de l'OFT sauf dans des cas exceptionnels mettant en jeu la sécurité nationale[139]. Le secrétaire d'État peut aussi soumettre des cas à la CC de sa propre initiative, sans recommandation de l'OFT.

Pour qu'un fusionnement justifie un tel renvoi, il faut que deux ou plusieurs entreprises cessent d'être distinctes et que le fusionnement franchissent les seuils des actifs ou de la part de marché. En ce qui concerne les actifs, la valeur des actifs bruts doit dépasser les 70 millions de livres. Pour la part de marché, l'entreprise fusionnée doit fournir ou recevoir au moins le quart des biens ou services d'une catégorie donnée au Royaume-Uni ou dans une partie importante du Royaume-Uni. Il ne convient pas à notre avis d'assimiler ces seuils à un critère de réduction sensible de la

[139] Whish (2001), p. 813.

concurrence; il s'agit uniquement de filtres qui permettent de faire abstraction des nombreux fusionnements de petite envergure qui ont peu ou pas d'effet sur l'intérêt public.

Lorsqu'elle est saisie d'un cas, la CC mène une enquête rigoureuse du fusionnement et communique son avis au secrétaire d'État. Celui-ci a encore une fois la discrétion d'autoriser ou non le fusionnement. Il peut bloquer le fusionnement, exiger des dessaisissements s'il a déjà été réalisé ou l'autoriser sous réserve de mesures de protection adéquates. Le secrétaire d'État ne peut pas bloquer un fusionnement si la CC n'a pas exprimé d'objection à son sujet[140].

Bien que la loi n'exige aucune notification, les parties à un fusionnement avisent souvent l'OFT. Il y a deux façons différentes de le faire. Le premier processus est celui de la notification volontaire en vertu de la loi[141]. Ce processus prévoit de stricts délais dans lesquels l'OFT et le secrétaire d'État doivent rendre une décision quant au renvoi ou non du fusionnement à la CC. Si une décision n'a pas été rendue dans les 35 jours, le fusionnement est automatiquement autorisé. Ce processus de notification n'est accessible que si le fusionnement proposé a été rendu public; le formulaire d'avis de fusionnement prévu doit être utilisé.

Le second processus de notification, qui est aussi le plus populaire auprès des entreprises se fusionnant, est celui de la notification volontaire informelle. L'OFT le considère tout aussi acceptable que le processus en vertu de la loi. Une décision quant au renvoi à la CC est habituellement rendue dans les 45 jours. Les parties n'ont pas à utiliser un formulaire prescrit.

L'OFT offre par ailleurs des avis confidentiels si le fusionnement n'a pas encore été rendu public. Il ne rend toutefois pas de décision exécutoire quant à la recommandation qu'un fusionnement soit soumis ou non à la CC. Si de nouveaux renseignements apparaissent lorsque le fusionnement est rendu public, l'OFT et le secrétaire d'État peuvent changer leur décision[142].

---

[140] Gardner (2000), Livre blanc (2001), Rowley et Baker (2001).

[141] *Merger Guide*, OFT, para. 5.5., et Whish (2001), p. 811.

[142] *Merger Guide*, OFT, para. 5.10.

Si un fusionnement est rendu public sans notification préalable à l'OFT, celui-ci dispose de quatre mois à partir de la date de publication pour décider d'entamer ou non une enquête. Les parties en cause ne s'exposent à aucune répercussion du fait qu'ils n'ont pas notifié le fusionnement, mais si la CC juge éventuellement que le fusionnement va à l'encontre de l'intérêt public, elle peut ordonner que la transaction déjà réalisée soit renversée[143].

Le processus est ainsi très administratif – et éventuellement politique puisque le secrétaire d'État a toujours le dernier mot. De plus, la possibilité de porter les décisions en appel est très limitée. Il semblerait que les appels doivent être fondés uniquement sur un point de droit, ainsi que la Chambre des Lords le notait dans l'affaire *Lonrho*[144] :

> [TRADUCTION]
> « les tribunaux doivent veiller à ne pas empiéter sur le domaine politique et substituer leur propre jugement à celui du ministre »[145].

Elle ajoutait que les mesures prises en vertu de la Loi :

> [TRADUCTION]
> « pouvaient très bien être une question politique. Toutes les décisions devaient être prises par le secrétaire d'État. C'est bien ce qu'il faudrait prévoir dans un domaine aussi chargé politiquement et aussi important pour l'économie que l'est la politique de concurrence. »[146]

Les observateurs affirment qu'il peut être très difficile de déduire quels sont la politique et le raisonnement sous-tendant les décisions compte tenu du caractère administratif – et quelquefois politique – du processus. Celui-ci est devenu plus ouvert ces dernières années; la CC publie maintenant toutes les recommandations qu'elle présente au secrétaire d'État. Mais d'aucuns continuent de s'inquiéter des interventions politiques dans le domaine de la concurrence. Comme l'indique Wilks (1999), l'approche du Royaume-Uni s'est en fin de compte appuyée sur

---

[143] Whish (2001), p. 809.

[144] *R.* v. *Secretary of State for Trade and Industry, ex p. Lonrho* [1989] 1 W.L.R. 525, au sujet de la plainte de Lonrho soutenant que le secrétaire d'État n'avait pas renvoyé l'acquisition par Fayed de House of Fraser à la Commission pour examen. Lonrho voulait également faire l'acquisition de House of Fraser.

[145] Rowley et Baker (2001) p. 63-65.

[146] Rowley et Baker (2001), p. 64-34.

l'exercice de la discrétion ministérielle, un phénomène qui ne peut s'analyser qu'au moyen d'outils politiques[147].

L'OFT a publié un guide des fusionnements qui explique sa démarche dans les enquêtes sur les fusionnements. Il définit son rôle comme suit :

> [TRADUCTION]
> « La décision qu'il faut prendre consiste à déterminer si le fusionnement donnerait lieu à une puissance commerciale telle qu'elle permettrait à l'entreprise fusionnée d'augmenter les prix ou de réduire la qualité au détriment de ses clients ou de se comporter à tout autre égard d'une façon qui serait à l'encontre de l'intérêt public. »[148]

L'OFT considère les gains en efficience comme un élément des questions d'intérêt public qui peuvent être évaluées et déclare que même s'il encourage à invoquer des gains en efficience, il ne s'occupera pas d'évaluer en détail les gains en efficience invoqués[149]. Plutôt, toute appréciation qui doit être faite quant à l'équilibre entre gains en efficience invoqués et éventuel préjudice à la concurrence devrait se faire après que la CC a mené une enquête plus détaillée. L'OFT considère également l'effet des fusionnements sur l'emploi et le développement régional comme un élément de l'intérêt public.

La CC n'a pas publié de lignes directrices précisant ses points de vue sur la définition des gains en efficience.

4.3 Réforme prochaine

Comme on l'a mentionné plus haut, le secrétaire d'État pour le Commerce et l'Industrie a publié en juillet 2001 un livre blanc qui laisse entrevoir d'importants changements au régime des fusionnements[150]. Aucune nouvelle disposition législative n'a encore été adoptée, mais depuis le début des discussions sur la réforme en 1999, le ministre a commencé à respecter certains des

---

[147] Wilks (1999), p. 156.

[148] *Merger Guide*, OFT, para. 4.6.

[149] *Merger Guide*, OFT, para. 6.17.

[150] Livre blanc (2001).

principes du nouveau système. En particulier, il suit les recommandations de la CC et de l'OFT, pour exclure les considérations politiques des décisions[151]. Il faut prévoir que le nouveau régime des fusionnements fonctionnera comme suit :

- dans la plupart des fusionnements, les décisions définitives seront prises par des instances indépendantes plutôt que par des ministres;
- le critère applicable sera celui de la réduction sensible de la concurrence découlant d'un fusionnement, plutôt que l'actuel critère de l'intérêt public;
- par exception, nonobstant les considérations liées à la concurrence, il demeurera possible que les autorités approuvent un fusionnement ou l'approuvent sous réserve de mesures palliatives pour la concurrence qui sont moins rigoureuses qu'elles ne pourraient l'être si elles sont convaincues que dans l'ensemble, il profitera aux consommateurs;
- le secrétaire d'État pour le Commerce et l'Industrie continuera de prendre les décisions à l'égard de la petite minorité de fusionnements qui soulèvent des questions précises exceptionnelles d'intérêt public;
- la sécurité nationale sera définie d'emblée comme une question exceptionnelle d'intérêt public. Il sera possible de préciser des questions d'intérêt public supplémentaires en recourant à des instruments législatifs;
- le nouveau régime conservera la démarche à deux étapes en matière d'enquêtes. L'OFT se chargera des enquêtes de première étape, qui seront suffisantes pour trancher la plupart des cas. La CC continuera d'effectuer les enquêtes plus approfondies de la deuxième étape lorsqu'elles sont nécessaires;
- il y aura de nouveaux délais prévus par la loi pour les enquêtes de première étape et de deuxième étape. L'option d'un délai administratif demeurera accessible en première étape;
- le critère servant à déterminer quels fusionnements justifient une enquête sera modernisé pour mieux tenir compte des affaires susceptibles de soulever des problèmes;
- le système de notification volontaire plutôt qu'obligatoire des fusionnements sera conservé[152].

Le livre blanc décrit un critère de réduction sensible de la concurrence qui englobe les situations où bien qu'un fusionnement entraîne une réduction de la concurrence, il puisse néanmoins produire globalement des avantages pour les consommateurs et ainsi être autorisable. Parmi les avantages que peuvent retirer les consommateurs figurent des prix plus bas ou davantage d'innovation, de choix ou de qualité dans les produits ou services. La réalisation des avantages doit être prévue dans un délai raisonnable et il faut qu'il ne soit guère probable qu'ils se réalisent sans le fusionnement. Les consommateurs sont en général les consommateurs finaux, mais il

---

[151] Rowley et Baker (2001).

[152] Livre blanc (2001), p. 24, encadré 5.1.

peut également s'agir de consommateurs en amont, les bénéficiaires du fusionnement étant alors d'autres entreprises[153].

4.4 Contexte historique et évolution du rôle des gains en efficience

Les données historiques sur le traitement des gains en efficience dans les cas de fusionnements sont rares. Comme on l'a vu dans la description plus haut, le processus d'examen des fusionnements a été fortement politisé. La définition vaste de l'intérêt public, dont les gains en efficience relèvent, fait en sorte qu'il est très difficile de tirer des conclusions définitives sur le traitement des gains en efficience. On peut toutefois faire certaines observations.

Wilks (1999) énumère six principes qui ont été essentiels depuis l'adoption en 1965 de la première *Fair Trade Act* contenant des dispositions sur les fusionnements :

- les fusionnements sont considérés positivement;
- le contrôle des fusionnements est administratif, non judiciaire;
- le modèle américain d'interdiction est rejeté;
- l'impact économique des fusionnements est soumis à un critère du monopole;
- les procédures et les ultimes critères relèvent de la sphère politique;
- le principal moyen de discipline est l'autoréglementation des entreprises[154].

Dans un livre blanc de 1988, la politique de laissez-faire des instances de la concurrence a été renforcée lorsqu'il a été affirmé que le marché serait un meilleur arbitre que le gouvernement quant aux perspectives d'une transaction envisagée et qu'il garantirait une meilleure utilisation des éléments d'actif, au profit de leurs propriétaires et de l'économie dans son ensemble.

Selon Gardner (2000), la pratique du Royaume-Uni consiste « à autoriser un fusionnement même s'il entraîne une augmentation sensible de la puissance commerciale à moins qu'il n'y ait des preuves convaincantes qu'il aille à l'encontre de l'intérêt public »[155]. Il affirme également qu'il

---

[153] Livre blanc (2001), p. 25.

[154] Wilks (1999), p. 205.

[155] Gardner (2000), p. 76.

faut rechercher l'efficience par l'entremise de la concurrence, mais que l'objectif de l'intérêt public doit être mis en équilibre avec plusieurs autres.

Il semble que la politique ait commencé à s'orienter davantage vers les consommateurs au cours des années 1990 et que les principes utilisés apparaissent alors plus clairement. L'impact sur la concurrence importe davantage aujourd'hui que d'autres objectifs de politique que peut avoir le gouvernement du jour. L'actuel secrétaire d'État a déjà en général renoncé à intervenir dans les décisions concernant les fusionnements avant même que la législation ne lui retire le rôle de prendre la décision finale. Dans les chapitres suivants, des décisions de la CC illustrent autant que faire se peut le traitement des gains en efficience en regard du critère de l'intérêt public.

4.5 Définition et traitement des gains en efficience

Au Royaume-Uni, les fusionnements sont évalués en fonction du critère de l'intérêt public. Celui-ci vise « toutes les questions qui semblent être pertinentes dans les circonstances »[156], en vertu de l'article 84 de la Loi, qui précise les cinq domaines qui doivent être pris en considération à cet égard. L'article 84 autorise donc la prise en considération d'une vaste gamme de facteurs dans l'évaluation des fusionnements. Puisque c'est le secrétaire d'État qui détient en dernier ressort l'autorité d'autoriser ou d'interdire un fusionnement sans avoir à s'en expliquer, c'est essentiellement la politique du secrétaire d'État du jour qui compte dans le système actuel.

Malgré tout, les affaires sont indexées et résumées par la CC avec une explication des conclusions formées, de sorte que l'on peut déduire des règles générales quant à la prise en considération des gains en efficience. Après avoir passé les affaires en revue, Röller et al. (2000) indiquent que pour avoir un poids décisif au Royaume-Uni, les gains en efficience doivent être de grande ampleur, propres au fusionnement en cause et profiter aux consommateurs[157]. Le guide des fusionnements de l'OFT ne donne aucune définition ou indication quant aux genres de gains en efficience qui pourraient être acceptés, à la façon de les calculer ou au poids à leur donner par

---

[156] Voir en annexe C le texte intégral de l'article 84.

[157] Röller et al. (2000), p. 80.

rapport aux effets anticoncurrentiels. La CC n'a pas non plus publié de lignes directrices qui clarifieraient sa position sur les gains en efficience.

Dans l'affaire *General Utilities*[158], les avantages découlant du fusionnement (qui concernaient l'aptitude de General Utilities d'influer sensiblement sur la politique de Mid Kent Water avec une participation de 30 p. 100 au capital) n'ont pas été jugés être d'une importance sensiblement plus grande par rapport à l'intérêt public et susceptible de compenser des effets nuisibles. Parmi les avantages figuraient la mise en œuvre d'activités commerciales complémentaires. Le fusionnement visait des entreprises de distribution d'eau, qui sont également régies par la *Water Act* (Loi sur l'eau). Le fusionnement a éventuellement été approuvé sous réserve de certains engagements.

Il semblerait que les gains en efficience doivent être transférés aux consommateurs si la concurrence a été sensiblement réduite. Dans l'affaire *Rockwool*[159], la CC a accepté qu'il y aurait d'importants gains en efficience par suite du fusionnement, ainsi qu'une amélioration de l'environnement. Pourtant, quoique importants, les gains en efficience n'ont pas été jugés suffisants pour compenser le tort causé à la concurrence et le fusionnement a été interdit. Rockwool, qui détenait 78 p. 100 du marché, voulait acquérir Owens, une usine de laine minérale qui en détenait 18 p. 100. Il était évident que si le fusionnement était bloqué, l'usine serait vendue à un autre acheteur (à condition d'en trouver un) ou fermée – deux issues où les gains en efficience seraient moindres que si Rockwool n'achetait l'usine. Les effets sur l'emploi de toutes les solutions ont été pesés en regard des gains en efficience, des questions environnementales et des avantages publics en général. En ce qui concerne les consommateurs, la CC a affirmé ceci :

> [TRADUCTION]
> 2.152. Nous n'avons aucun doute que Rockwool augmenterait l'efficience de l'usine Queensferry si le fusionnement se faisait. Nous ne prévoyons pas que les avantages seraient transférés aux clients sous forme de prix plus bas. Le plan d'affaires de Rockwool indique

---

[158] *General Utilities plc/The Mid Kent Water Company*, 4.7.1990.

[159] *Rockwool Limited and Owens-Corning Building Products (UK) Limited* (rapport sur le fusionnement projeté), 07.05.99

> que l'entreprise prévoyait conserver les avantages des économies de coûts et des augmentations de prix.

Un cas plus ancien avait révélé un souci quelque peu moins pressant de voir les consommateurs profiter d'un fusionnement. Dans *Scottish & Newcastle/Matthew Brown* (1985)[160], on concluait ceci :

> [TRADUCTION]
> « Nous ne discernons pas d'avantages conséquents pour l'intérêt public qui découleraient du fusionnement proposé; mais la question que nous avons à trancher est de savoir si le fusionnement risque de nuire à l'intérêt public et à notre avis, il n'y a pas de motifs suffisants de croire à un tel risque. »

Il semble que les gains en efficience invoqués ne doivent pas être réalisables d'une façon moins anticoncurrentielle. Dans *Capital Radio*[161], un fusionnement entre stations de radio commerciales, les gains en efficience invoqués qui auraient découlé d'une meilleure gestion et d'une plus grande force financière ont été jugés réalisables en l'absence d'un fusionnement. Certaines économies de coûts résultant du déménagement de Virgin Radio aux studios de Capitol étaient insignifiantes. En outre, il était prévu que les prix augmenteraient davantage qu'en l'absence du fusionnement. Les parties ont par la suite renoncé au fusionnement.

Nous prévoyons que le nouveau régime des fusionnements exigera que les gains en efficience soient propres au fusionnement en cause. En outre, comme nous l'avons mentionné plus haut, le nouveau régime affirme que pour pouvoir invoquer des gains en efficience en justifiant un fusionnement qui réduit sensiblement la concurrence, il faut que ces gains soient improbables en l'absence du fusionnement.

Par le passé, certains fusionnements ont été autorisés en raison de gains en efficience même s'il paraissait possible qu'il y ait un important effet sur la concurrence. Cela pourrait devenir plus difficile : il semble que le nouveau régime des fusionnements permettra une certaine réduction de la concurrence, mais uniquement si la preuve est faite que l'on prévoit pour les consommateurs

---

[160] *Scottish & Newcastle/Matthew Brown (1985)*, para. 7.13. Voir Gardner (2000), p. 76.

[161] *Capital Radio Plc and Virgin Radio Holdings Limited* (rapport sur l'acquisition projetée), para. 2.123.

des avantages qui se matérialiseront dans un délai raisonnable. Whish (2001) affirme que même si elle tient compte des gains en efficience invoqués, la CC sera très probablement réticente à autoriser un fusionnement qui serait par ailleurs nuisible à la concurrence.

Des affaires plus anciennes laissaient entrevoir une plus grande tolérance aux fusionnements dans les marchés concentrés. Dans *Stagecoach*[162], la CC avait accepté de prendre en compte « plusieurs avantages », y compris une plus grande efficience dans les opérations, un parc de véhicules et un service améliorés ainsi qu'une approche plus innovatrice de développement du marché. Stagecoach avait acquis Chesterfield, un autre exploitant de services d'autobus, et la part de marché combinée s'élevait à 63 p. 100. Il avait été jugé invraisemblable que Chesterfield ou aucun autre acquéreur puisse réaliser sans fusionnement les gains en efficience prévus. Cependant, il importait sans doute également que l'avenir de Chesterfield comme exploitant indépendant ne paraissait pas assuré sans le fusionnement.

Dans l'affaire *Swedish Match/Alleghany*[163], le fusionnement a été autorisé malgré la concentration déjà forte dans le marché, en partie en raison du déclin du marché :

> [TRADUCTION]
> « Voilà un fusionnement qui mènerait à une concentration supplémentaire importante dans ce qui est déjà un marché fortement concentré. Nous croyons toutefois qu'en vertu des circonstances exceptionnelles du marché en déclin que nous avons décrites, il est invraisemblable qu'une entreprise fusionnée Bryant & May/Masters augmenterait ses prix déraisonnablement ou réduirait sensiblement le nombre de marques disponibles ou la qualité du service aux clients. »

Il s'est par la suite avéré que la CC (à l'époque, la Commission des fusionnements et monopoles) se trompait : les prix ont augmenté de façon marquée et des contrôles des prix ont été recommandés pour contrôler les bénéfices[164]. L'affaire démontre que les fusionnements dans les marchés fortement concentrés ont déjà été autorisés dans le passé en raison de gains en efficience ou d'avantages publics allégués.

---

[162] *Stagecoach Holdings plc/Chesterfield Transport (1989) Limited*, 18.1.96 (résumé de la Competition Commisson; le texte intégral n'est pas disponible).

[163] *Swedish Match/Alleghany*, Cm 227, 21.10.87.

[164] Gardner (2000).

Dans l'affaire *Alanod Aluminium*[165], la CC a accepté que le fusionnement avait créé des possibilités de réduction des coûts et contribué à la sécurité de la production et de l'emploi dans la ville de Milton Keynes. Elle n'a toutefois pas admis que ces avantages étaient suffisants pour compenser les effets nuisibles sur la concurrence. Le fusionnement a fait en sorte qu'Alanod détenait une part de marché de 75 p. 100 pour les bobines en aluminium anodisé, et la CC a conclu que l'entreprise jouirait d'une puissance commerciale importante. Cependant, puisque le fusionnement avait déjà été réalisé, il a été autorisé sous réserve de mesures palliatives, dont un plafonnement des prix.

S'il existe des craintes qu'un fusionnement réduira l'efficience, cela peut être perçu comme un élément négatif pour l'intérêt public. Une réduction de l'efficience était une des raisons justifiant dans l'affaire *IMS Health*[166] la conclusion que le fusionnement entre deux entreprises d'information pharmaceutique était contraire à l'intérêt public. IMS était déjà dominante dans le marché. Le fusionnement a malgré tout été autorisé sous réserve de mesures touchant le comportement et la structure de l'entreprise.

4.6 Gains en efficience en regard d'autres restrictions de la concurrence

En adoptant la *Competition Law* de 1998, le Royaume-Uni adoptait aussi les articles 81 et 82 de l'Union européenne et traiterait désormais tous les cas d'accords limitant la concurrence ainsi que les cas d'abus de position dominante conformément aux principes du *Traité de la CE* et des jugements de la Cour de justice.

Le chapitre 3 sur l'Union européenne décrit le traitement que réserve l'article 81, paragraphe 3 aux gains en efficience allégués. Il importe de souligner que le critère n'est pas celui de l'intérêt public. L'article 81 du *Traité de la CE* interdit les accords entre entreprises qui pourraient prévenir, limiter ou dénaturer la concurrence, que ces accords soient horizontaux (mais non des fusionnements) ou verticaux. L'article 81, paragraphe 3 définit une exemption pour les accords

---

[165] *Alanod Aluminium-Veredlung GmbH & Co/Metalloxyd Ano-Coil Ltd*, Cm 4545 (2000).

[166] *IMS Health Inc./Pharmaceutical Marketing Inc*, Cm 4261, 2001.

« qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ».

5 États-Unis

L'application de la loi en matière d'antitrust, y compris l'examen des fusionnements, est une activité complexe aux États-Unis. Les fusionnements peuvent être considérés illégaux en vertu de l'article 7 de la *Clayton Act* (Loi Clayton) de 1914 (modifiée en 1950) lorsqu'ils risquent de réduire sensiblement la concurrence. De plus, la notification des fusionnements est requise en vertu de la *Hart-Scott-Rodino Act of 1976* (Loi Hart-Scott-Rodino de 1976, ou Loi HSR). Ce qui rend le système américain particulièrement complexe est que les fusionnements peuvent être contestés par plusieurs parties différentes : un des deux organismes fédéraux distincts – la Division antitrust du ministère de la Justice et la Federal Trade Commission (FTC) (Commission fédérale du commerce) –, les procureurs généraux des États et les parties touchées par un fusionnement. La jurisprudence est également compliquée du fait que la plupart des jugements sont rendus par des tribunaux de divers niveaux et de divers districts, lesquels ne sont pas toujours du même avis.

Par conséquent, le système américain comprend une variété de précédents établis par des tribunaux de tous les niveaux à l'égard de poursuites intentées par le ministère de la Justice ou par la FTC, mais aussi à l'égard d'affaires privées où les dommages-intérêts peuvent être importants (dommages-intérêts au triple). Il n'est pas rare que des fusionnements qui n'ont pas été contestés par la FTC ou le ministère de la Justice le soient par des requérants privés ou le procureur général d'un État, s'ils paraissent produire un impact local[167]. Nous nous pencherons ici surtout sur les affaires traitées par le ministère de la Justice et la FTC ainsi que sur les lignes directrices de ces deux instances.

5.1 Processus d'examen des fusionnements

Les fusionnements sont susceptibles d'examen en vertu de l'article 7 de la *Clayton Act*. Celui-ci prévoit que les fusionnements et acquisitions ne seront pas autorisées lorsque l'effet peut en être de réduire sensiblement la concurrence ou de tendre à créer un monopole[168].

---

[167] Rowley et Baker (2000), p. 64-4 and 64-38.

[168] Voir en annexe D le texte intégral de l'article 7 de la *Clayton Act*.

Comme on l'a vu plus haut, la notification est requise en vertu de l'article 7A de la *Clayton Act* telle que modifiée par la Loi HSR lorsque l'acquéreur détiendrait dans l'ensemble pour plus de 50 millions de dollars de titres avec droit de vote et d'éléments d'actif de l'entité acquise. Une des parties doit en général se livrer aux États-Unis à du commerce inter-États ou étranger. D'autres seuils sont d'application lorsqu'il s'agit d'entreprises étrangères acquérant des titres ou des éléments d'actif américains.

La notification doit être donnée à la fois au ministère de la Justice et à la FTC, qui se concertent alors pour déterminer lequel des deux devrait être compétent. Après la notification débute un délai d'attente de 30 jours au cours duquel le fusionnement ne peut pas être réalisé. Si les organismes jugent nécessaire de faire une enquête plus approfondie, ils peuvent demander des renseignements supplémentaires et un second délai de 30 jours peut être d'application. Au terme des délais d'attente, les parties sont libres de procéder au fusionnement, bien que les organismes puissent les avertir de la probabilité d'une poursuite ultérieure[169]. Une demande de renseignements supplémentaires vise généralement une grande quantité de renseignements, de sorte que le deuxième délai de 30 jours ne débute qu'après réception par l'organisme de toute l'information demandée. Le processus peut ainsi être retardé pour de longues périodes. La plupart des fusionnements sont autorisés avant une demande de renseignements supplémentaires.

Si l'organisme faisant enquête conclut que le fusionnement serait susceptible de réduire sensiblement la concurrence, il demande aux tribunaux de rendre une injonction. Pour le ministère de la Justice, le tribunal approprié est la Cour de district des États-Unis. Pour la FTC, c'est une cour fédérale. L'injonction, si elle est accordée, empêche la réalisation du fusionnement jusqu'à ce que des mesures palliatives ou des dessaisissements appropriés aient été négociés ou que l'organisme ait intenté une poursuite pour interdire le fusionnement. Dès que le fusionnement est soumis aux tribunaux, tout accord entre les parties et l'organisme doit être approuvé par les tribunaux. En 2000, sur près de 5 000 notifications au ministère de la Justice et à la FTC, seulement 87 cas ont été soumis à un délai pour une demande de renseignements

[169] Rowley et Baker (2001), p. 64-46.

supplémentaires. Dans environ la moitié des cas, les parties ont renoncé à leur fusionnement. La plupart des autres dossiers ont été résolus au moyen d'un décret par consentement.

5.2 Contexte historique et évolution du rôle des gains en efficience[170]

Aux États-Unis, le rôle des gains en efficience dans les affaires de fusionnement a fortement évolué depuis 40 ans. La loi ne prévoit pas de défense fondée sur les gains en efficience, mais ceux-ci ont été analysés dans la jurisprudence et mentionnés dans les lignes directrices sur les fusionnements horizontaux (les lignes directrices). Il faut se rappeler que le critère de concurrence utilisé aux États-Unis est celui de la réduction sensible de la concurrence (ou d'une tendance au monopole), conformément à l'article 7 de la *Clayton Act*.

Röller et al. (2000) citent deux causes importantes comme exemples précoces de précédents établis par la Cour suprême au sujet des gains en efficience. Dans la tristement célèbre affaire *Brown Shoe Co* (1962)[171], les gains en efficience étaient considérés comme un facteur du problème de concurrence et le tribunal a bloqué le fusionnement malgré les faibles parts de marché en cause. La Cour avait conclu que le but de promouvoir la concurrence était mieux servi en soutenant de petites entreprises locales qu'en favorisant de plus grandes entreprises avec des coûts de revient plus faibles.

Ensuite, dans l'affaire *Procter & Gamble* (1967)[172], dans une analyse qui est souvent citée, la Cour a affirmé ceci :

> [TRADUCTION]
> « Les économies possibles ne peuvent servir de défense face à l'illégalité. Le Congrès savait que certains fusionnements qui réduisent la concurrence peuvent aussi permettre des économies, mais il s'en est tenu à un équilibre en faveur de la protection de la concurrence. »

---

[170] La section sur l'évolution des gains en efficience dans les affaires de fusionnement s'appuie principalement sur Kolasky et Dick (2002). Ce texte a été présenté lors du 20e anniversaire des lignes directrices américaines de 1982 sur les fusionnements.

[171] *Brown Shoe Co.* v. *U.S.*, 370 U.S. 294 (1962).

[172] *FTC* v. *Procter & Gamble Co.* 386 U.S. 568 (1967).

Les observateurs divergent d'opinion quant à la conclusion à en tirer. Certains jugent que la décision de bloquer l'acquisition suppose le rejet complet d'une défense fondée sur les gains en efficience lorsque la concurrence est sensiblement réduite. D'autres estiment que le rejet des gains en efficience par la Cour suprême s'appuie uniquement sur les circonstances des gains invoqués, et donc sur le fait que la possibilité de gains en efficience ne constitue pas en soi une défense[173]. Kolasky et Dick (2002) considèrent cette affaire comme un exemple d'une infraction fondée sur les gains en efficience[174].

Cependant, dans un recours privé ultérieur, la Cour suprême a statué qu'un fusionnement ne peut pas être interdit uniquement parce qu'il crée des gains en efficience qui pourraient aider à augmenter la part de marché de l'entreprise fusionnée mais nuire à d'autres concurrents[175]. La Cour a conclu que même si l'entreprise fusionnée était dominante, il était dans l'intérêt des autres entreprises sur le marché de livrer une vigoureuse concurrence par les prix. Cette conclusion se démarque de plusieurs décisions de la Commission européenne où un fusionnement produisant une dominance peut être interdit si la dominance permet à l'entreprise de baisser ses prix et éventuellement de pratiquer des prix déloyaux visant à évincer des concurrents du marché[176]. Röller et al. (2000) concluent que si les gains en efficience ont été pris en compte dans les affaires américaines, les parties n'ont jamais directement invoqué une défense fondée sur les gains en efficience. C'est pourquoi les auteurs n'accordent que peu d'importance aux précédents précoces de la Cour suprême concernant la défense fondée sur les gains en efficience.

En 1968, peu après ces affaires, le ministère de la Justice a publié ses premières lignes directrices sur les fusionnements[177]. Elles contenaient un court paragraphe sur les gains en efficience, où on lit ceci :

---

[173] Voir aussi *U.S.* v. *Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963), où l'on arrive à la même conclusion.

[174] Kolasky et Dick (2002), p. 6. Voir aussi Areeda et al. (1998).

[175] *Cargill, Inc.* v. *Monfort of Colorado, Inc.* 479 U.S. 104 (1986).

[176] Voir plus haut le chapitre sur l'examen des fusionnements dans l'UE.

[177] *Merger Guidelines* (1968) du ministère de la Justice des États-Unis. Les gains en efficience sont mentionnés au §10.

> [TRADUCTION]
> 10. Économies. À moins de circonstances exceptionnelles, le ministère n'acceptera pas comme justification d'une acquisition qui serait normalement contestable en vertu de ses critères sur les fusionnements horizontaux une allégation voulant que le fusionnement produira des économies.

C'était là un grand pas en vue de rompre l'hostilité des tribunaux envers les gains en efficience, bien qu'il faudrait encore quelques années avant qu'ils ne les traitent plus favorablement dans les affaires de fusionnement. Peut-être cela n'est-il pas surprenant étant donné que les lignes directrices de 1968 limitaient le recours à des arguments de gains en efficience à de très rares cas.

Deux affaires de fusionnement des années 1970 qui ont rendu le processus d'examen des fusionnements moins structuré ont ainsi ouvert la voie à la défense fondée sur les gains en efficience. Dans l'affaire *General Dynamics*[178], la Cour suprême a conclu que des facteurs autres que la part de marché conditionnent la concurrence sur un marché, indiquant que des éléments comme les gains en efficience (ainsi que les obstacles à l'entrée et d'autres facteurs) peuvent jouer un grand rôle. Dans l'affaire *International Harvester*[179], le faible coût du capital dont bénéficiait l'entreprise acquéreuse permettrait à l'entreprise fusionnée, en même temps que la mise en commun de la technologie, de mieux livrer concurrence sur le marché. Avant l'acquisition, l'entreprise acquise était désavantagée au plan de la concurrence (malgré sa technologie supérieure) en raison du coût élevé qu'elle devait assumer pour son capital.

Au cours de cette période, dans certaines affaires ne concernant pas des fusionnements, les juges ont donné droit aux gains en efficience, ouvrant la voie à une défense fondée sur les gains en efficience dans les fusionnements au cours des années 1980. En 1977 par exemple, la Cour suprême a autorisé les restrictions verticales qu'imposait Sylvania à ses distributeurs, reconnaissant que les restrictions amélioraient l'aptitude du fabricant à assurer une distribution

---

[178] *U.S.* v. *General Dynamics Co.*, 415 U.S. 486 (1974). General Dynamics a fait l'acquisition de Material Services, devenant ainsi le sixième plus grand producteur de charbon au pays et le plus grand dans le Midwest américain.

[179] *U.S.* v. *International Harvester Co.*, 564 F.2d 769 (7th Cir. 1977).

efficace (et renversant son jugement dans l'affaire *Schwinn*)[180]. Ensuite, dans l'affaire *Broadcast Music* de 1979, la Cour a reconnu que certains accords limitant la concurrence entre entreprises rivales pouvaient être efficaces si elles aidaient les entreprises à offrir un nouveau produit ou service[181].

Les lignes directrices sur les fusionnements publiées en 1982 n'ont guère changé le paragraphe sur les gains en efficience. Les gains en efficience ne seraient pris en considération que dans des cas « extraordinaires »[182]. Pour que les gains en efficience soient jugés pertinents, ils devaient être évidents et convaincants, importants, réalisés par d'autres entreprises dans l'industrie et impossibles à réaliser d'une façon moins anticoncurrentielle[183]. En même temps, la FTC a déclaré que dans ses examens précédant une notification, elle prendrait en considération les gains en efficience mesurables dans les opérations lorsqu'il était amplement démontré que les économies de coûts compenseraient manifestement l'augmentation de la puissance commerciale.

À peine deux ans plus tard, le ministère de la Justice a révisé les lignes directrices de 1982 en apportant des changements plutôt importants en ce qui concerne les gains en efficience. Au lieu de considérer les gains en efficience comme une défense, les lignes directrices de 1984 en discutaient sous la rubrique consacrée aux effets sur la concurrence. Par conséquent, les gains en efficience devenaient un élément de l'analyse devant déterminer si un fusionnement réduit sensiblement la concurrence. Cependant, il n'était toujours pas question que les économies de coûts puissent explicitement servir à contrebalancer des effets anticoncurrentiels. Les gains en efficience seraient pris en considération uniquement s'ils étaient évidents et convaincants et que le fusionnement était raisonnablement nécessaire pour réaliser les économies. De plus, les gains en efficience doivent être conséquents, et ce, d'autant plus que les risques prévus pour la concurrence sont élevés. C'était là un net changement d'orientation, rejetant la théorie plutôt axée sur l'école de pensée de Chicago en faveur de l'école de pensée de Harvard plus sensible

---

[180] *Continental TV Inc.* v. *GTE Sylvania Inc.* 433 U.S. 36 (1977), *United States* v. *Arnold Schwinn & Company*, 388 U.S. 365 (1967).

[181] *Broadcast Music, Inc.* v. *Columbia Broadcasting System, Inc.* 441 U.S. 1 (1979).

[182] *Merger Guidelines* (1982) du ministère de la Justice des États-Unis, § 10.A.

[183] Kolasky et Dick (2002), p. 16.

aux gains en efficience. Même si la FTC n'a pas modifié ses lignes directrices en même temps que le ministère de la Justice, elle a emboîté le pas et les arguments fondés sur les gains en efficience ont été de plus en plus acceptés.

Les tribunaux semblaient également disposés à accorder davantage d'attention aux gains en efficience. Dans l'affaire *University Health*[184], il a été conclu que les parties se fusionnant pouvaient invoquer des gains en efficience pour réfuter une accusation apparemment fondée du gouvernement :

> [TRADUCTION]
> « Nous concluons qu'en certaines circonstances, un défenseur peut réfuter l'accusation apparemment fondée du gouvernement en invoquant des preuves démontrant que le projet de fusionnement créerait d'importants gains en efficience dans le marché pertinent. »

L'affaire concernait un fusionnement entre deux hôpitaux sans but lucratif. Le tribunal a conclu que les parties n'avaient pas réussi à présenter une preuve suffisante quant à la façon dont les gains en efficience seraient créés et soutenus, et refusé d'autoriser le fusionnement. Le tribunal précisait que les gains en efficience devaient profiter à la concurrence et aux consommateurs.

En 1992, la FTC et le ministère de la Justice se sont concertés et ont publié leurs premières lignes directrices communes. La rubrique des gains en efficience est demeurée essentiellement inchangée à une importante exception près : la phrase indiquant que l'organisme ne prendrait pas en considération les gains en efficience à moins qu'ils ne soient démontrés de façon évidente et convaincante a été éliminée. Par conséquent, le critère de preuve a été abaissé et il est devenu plus facile de présenter des arguments fondés sur les gains en efficience.

5.3 Définition et mesure des gains en efficience

En 1997, les lignes directrices ont été modifiées par l'ajout d'un chapitre distinct sur les gains en efficience. Les changements ont été apportés en partie en raison d'une préoccupation à l'effet que les organismes n'accordaient pas l'importance voulue aux gains en efficience. Un rapport

---

[184] *FTC* v. *University Health, Inc.* 938 F.2d 1206 (11th Cir. 1991).

préparé par le personnel de la FTC après une série d'audiences tenues en 1995 et 1996 s'était prononcé en faveur d'une intégration plus complète des gains en efficience à l'analyse des effets sur la concurrence dans les affaires de fusionnement[185]. Les organismes ont soutenu que ces changements apportés à leurs lignes directrices en 1997 ne représentaient pas un changement de politique mais plutôt une explication plus complète du traitement qu'ils réservent aux gains en efficience. Les organismes prendraient les gains en efficience en considération dans les conditions suivantes :

- les gains en efficience doivent être propres au fusionnement, c'est-à-dire qu'il doit être improbable qu'ils soient réalisés en l'absence soit du fusionnement proposé ou d'autres moyens ayant des effets anticoncurrentiels comparables. Seules les options qui sont en pratique réalisables dans la situation commerciale de l'entreprise seront prises en considération;
- les gains en efficience doivent être démontrés de façon à pouvoir être vérifiés par les organismes. La vérification porte sur la probabilité et l'ampleur des gains en efficience;
- le délai de réalisation des gains en efficience doit être vérifié, ainsi que l'explication de la façon dont les gains en efficience invoqués rehausseraient les aptitudes de l'entité fusionnée à livrer concurrence et son incitation à le faire;
- les gains en efficience doivent être calculés en soustrayant les coûts du fusionnement et de la réalisation des gains en efficience invoqués;
- les économies de coûts qui sont attribuables à une réduction de la production ou des services ne seront pas prises en considération.

Le type de gain en efficience invoqué peut influer sur l'issue d'une affaire. Les lignes directrices précisent que les économies de coûts qui diminuent en fait les coûts marginaux sont plus susceptibles d'être discernables et importants. Il n'est pas toujours nécessaire que les gains en efficience soient quantifiés. De plus, il est entendu que même si certaines réductions de coûts de recherche-développement peuvent être importantes, elles sont moins susceptibles d'engendrer des gains en efficience qui sont discernables et vérifiables[186].

---

[185] Federal Trade Commission, *Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High-Tech, Global Marketplace: A Report by the Federal Trade Commission Staff* (1966). Le rapport laissait entendre que les gains en efficience devraient constituer une réfutation à une accusation apparemment fondée selon la part de marché, et non une défense affirmative (ch. 2, à 25).

[186] *Horizontal Merger Guidelines* (1997), ministère de la Justice et Federal Trade Commission, section 4.

5.4 Méthode et critère du bien-être utilisés

Le critère du bien-être qui est utilisé aux États-Unis ressort clairement dans l'importance qu'accordent aux consommateurs les lignes directrices sur les fusionnements. En particulier, les lignes directrices de 1997 affirment ceci :

> [TRADUCTION]
> « L'organisme ne contestera pas un fusionnement si des gains en efficience discernables sont d'une nature et d'une ampleur telles que le fusionnement n'est pas susceptible d'être anticoncurrentiel dans aucun marché pertinent. Pour déterminer si c'est le cas, l'organisme vérifie *si les gains en efficience discernables seraient probablement suffisants pour compenser le préjudice que causerait éventuellement le fusionnement aux consommateurs* dans le marché pertinent, par exemple en évitant des augmentations de prix dans ce marché. En réalisant cette analyse, l'organisme ne se contentera pas de comparer l'ampleur des gains en efficience discernables et l'ampleur du préjudice potentiel pour la concurrence en l'absence des gains en efficience. Plus les effets nuisibles potentiels d'un fusionnement pour la concurrence seront importants (...), plus les gains en efficience discernables devront être importants pour que l'organisme conclue que le fusionnement n'aura pas d'effet anticoncurrentiel sur le marché. »[187] [nos italiques]

Les « gains en efficience discernables » sont définis comme étant (1) propres à un fusionnement, (2) vérifiés et (3) non le résultat de réductions anticoncurrentielles de la production ou du service. Les lignes directrices ajoutent que les gains en efficience ne seraient généralement d'aucune importance s'il y a une grande réduction de la concurrence :

> [TRADUCTION]
> « Selon l'expérience de l'organisme, les gains en efficience sont surtout susceptibles d'importer dans l'analyse des fusionnements lorsque, abstraction faite des gains en efficience, les effets anticoncurrentiels probables ne sont guère importants. *Les gains en efficience ne justifient presque jamais un fusionnement créant un monopole ou un quasi-monopole.* »[188] [nos italiques]

---

[187] *Horizontal Merger Guidelines* (1997), ministère de la Justice et Federal Trade Commission, section 4.

[188] Cette partie des lignes directrices a été invoquée dans le jugement de la Cour d'appel de district de D.C. dans l'affaire *Heinz* en soutenant que de très forts niveaux de concentration exigeaient à la réfutiation la preuve de gains en efficience extraordinaires. *FTC* v. *Heinz Co.* 346 F. 3d 708 (D.C. Cir. 2001), à 720.

D'après ce qui précède, il est évident que les lignes directrices adoptent un critère des *prix* ou du *surplus des consommateurs*. Dans une récente allocution, le procureur général adjoint Charles A. James[189] a indiqué que d'après lui (et la Commission européenne), le but ultime de la politique antitrust doit être le bien-être du consommateur.

Il importe toutefois de souligner que les lignes directrices ont ouvert la voie à la prise en considération des gains en efficience dans des situations où il n'aurait auparavant sans doute pas été acceptable de le faire. D'abord, elles indiquent que les organismes peuvent prendre en compte les gains en efficience qui produiront à l'avenir des avantages uniquement pour les consommateurs. [TRADUCTION] « L'organisme prendra en considération les effets de gains en efficience discernables n'ayant pas à court terme d'effet direct sur les prix dans les marchés pertinents. » Kolasky et Dick (2002, p. 31 à 32) sont d'avis que par conséquent, le critère de bien-être pour les compromis entre gains en efficience et effets anticoncurrentiels est plutôt un modèle hybride surplus des consommateurs-surplus total.

Deuxièmement, une importante note de bas de page des lignes directrices aborde la question de savoir comment les organismes traiteraient un fusionnement qui produit des gains en efficience dans un marché mais des effets anticoncurrentiels nets dans un autre. C'est une question intéressante parce qu'elle touche la disposition de l'organisme à accepter un préjudice pour certains consommateurs à condition qu'il soit compensé par les gains d'autres consommateurs. Si les organismes affirment que normalement, ils contesteraient un tel fusionnement, ils pourraient l'autoriser si les gains en efficience sont inextricablement liés au préjudice anticoncurrentiel et si le déséquilibre est important (c'est-à-dire que les gains en efficience sont importants et que les effets anticoncurrentiels sont modestes).[190]

---

[189] Lors du programme sur la politique d'antitrust au 21e siècle, parrainé par la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne et la mission américaine près l'Union européenne, Bruxelles (Belgique), 15 mai 2002.

[190] Note de bas de page 35. Voir également à ce sujet Kolasky et Dick (2002), p. 32.

5.5 Gains en efficience et bien-être des consommateurs

Il semble ne pas être indispensable que les gains en efficience soient transférés aux consommateurs, mais le bien-être des consommateurs ne doit pas être diminué. Sur ces points, les précédents de la Cour suprême (*Brown Shoe Co*, *Procter & Gamble* et *Philadelphia National Bank*) en matière de gains en efficience ne sont pas concluants. Röller et al. (2000) affirment que les trois jugements, considérés dans leur contexte, semblent exclure une défense fondée sur les gains en efficience, mais soulignent aussi qu'aucune telle défense n'a été directement invoquée en cour. De plus, Röller et al. concluent que les jugements sont fondés en grande partie sur l'interprétation de l'historique législatif et des règles formelles plutôt que sur la théorie économique[191].

En raison de la confusion au sujet de la position de la Cour suprême, le traitement que les tribunaux inférieurs ont réservé aux allégations de gains en efficience est particulièrement pertinent. Rowley et Baker (2001) laissent entendre que les tribunaux inférieurs sont devenus de plus en plus sensibles aux arguments fondés sur les gains en efficience[192].

Dans l'affaire *University Health*[193] dont il a été question plus haut, la Cour de district a jugé qu'un défenseur peut dans certaines circonstances réfuter l'accusation apparemment fondée du gouvernement en démontrant des gains en efficience. Cependant, le tribunal a conclu que dans ce cas, les parties n'avaient pas présenté une preuve suffisante à l'appui de l'allégation que le fusionnement produirait des gains en efficience profitant aux consommateurs. Le jugement semble considérer favorablement les gains en efficience dès lors que les parties peuvent prouver les avantages qu'en retirent les consommateurs. Selon le tribunal, les allégations des parties avaient été spéculatives.

---

[191] Vori aussi OCDE/GD(96)65, p. 41, et Röller et al. (2000), para. 5.1.3.1.

[192] Dans l'affaire *Heinz*, la Cour d'appel a également souligné, en discutant de la possibilité d'une défense fondée sur les gains en efficience, que les tribunaux inférieurs avaient tendance à reconnaître une telle défense. *FTC* v. *H. J. Heinz Co.* 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2002), à 720.

[193] *FTC* v. *University Health, Inc.* 938 F.2d 1206 (11th Cir. 1991), à 1223.

Dans l'affaire *FTC* c. *Tenet Health Care Corp.*, la Cour d'appel a invalidé une injonction préliminaire interdisant un fusionnement en partie parce qu'elle croyait que la Cour de district avait erré en refusant de prendre en considération des preuves d'une plus grande efficience dans le contexte des effets concurrentiels d'un fusionnement[194].

Dans l'affaire *U.S.* c. *Long Island Jewish Medical Center*[195], le tribunal a jugé que les gains en efficience étaient importants et qu'ils profiteraient en dernier ressort aux consommateurs. Les économies de coûts s'élevaient à 25 ou 30 millions de dollars par année. Le tribunal a accepté la réfutation de l'accusation apparemment fondée présentée par les parties au fusionnement, en raison du fait que les hôpitaux étaient des entités sans but lucratif et, par conséquent, qu'ils transféreraient probablement les économies de coûts aux consommateurs. En outre, les parties avaient conclu avec le procureur général de New York un accord affirmant qu'ils feraient profiter la communauté de toute économie de coûts d'importance qui serait réalisée[196]. Le gouvernement avait dans ce cas soutenu que le fusionnement créerait un monopole, mais le tribunal a jugé que la définition de marché pertinent était trop restrictive[197].

Au moins une des cours de district a reconnu que les gains en efficience peuvent faire en sorte qu'un concurrent soit plus efficace et que ceci peut éventuellement profiter aux consommateurs. Dans l'affaire *U.S.* c. *Country Lakes Foods, Inc.*, la Cour de district a jugé que le fusionnement permettrait à l'entité fusionnée de livrer une concurrence directe au chef de file sur le marché, ce qui rehausserait la concurrence[198].

---

[194] 186 F. 3d 1045 (8th Cir. 1999), à 1054.

[195] *U.S.* v. *Long Island Jewish Medical Center*, 938 F. Supp. 121 (E.D.N.Y 1997).

[196] Röller et al. (2000), p. 77.

[197] Voir par exemple Muris (1999) pour une analyse de cette affaire.

[198] 754 F. Supp. 669 (D. Minn. 1990), à 680. Kolasky et Dick (2002), p. 38-39, soutiennent qu'il s'agit de la seule affaire judiciaire non liée au secteur hospitalier où il a été fait droit à une défense fondée sur les gains en efficience.

5.6 Gains en efficience propres au fusionnement et possibilité de les réaliser d'une façon moins anticoncurrentielle

Un des changements les plus subtils apportés aux lignes directrices sur les fusionnements entre 1992 et 1997 est l'ajout de la précision que les gains en efficience propres à un fusionnement sont des gains qui seraient probablement réalisés par suite du fusionnement et qui ne le seraient probablement pas en l'absence soit du fusionnement, soit d'autres moyens produisant des effets anticoncurrentiels comparables. Les lignes directrices stipulaient auparavant que les gains en efficience ne devaient pas pouvoir être réalisés par des moyens moins anticoncurrentiels; après les modifications de 1997, il fallait que leur réalisation soit seulement improbable par des moyens moins anticoncurrentiels.

Dans l'affaire *Heinz*[199], la Cour d'appel a conclu que la Cour de district (qui avait rejeté une requête d'injonction contre le fusionnement présentée par la FTC) avait erré en omettant d'expliquer pourquoi les parties ne pouvaient pas réaliser des gains en efficience comparables sans le fusionnement. Il s'agissait d'un fusionnement entre deux des trois producteurs d'aliments pour bébés, dans un marché où il était jugé improbable que de nouveaux concurrents apparaissent. Le tribunal a également indiqué que les très forts niveaux de concentration exigeaient des preuves de gains en efficience « extraordinaires »[200].

Les tribunaux ont dans certains cas jugé que les gains en efficience pouvaient être réalisés de façon moins anticoncurrentielle et par conséquent rejeté les arguments fondés sur les gains en efficience présentés à l'appui du fusionnement. Dans l'affaire *Staples*[201], le tribunal a soutenu que les parties au fusionnement connaissaient une expansion rapide et n'avaient pas besoin de se fusionner pour jouir des gains en efficience invoqués, qui étaient reliés au pouvoir d'achat. Le fusionnement touchait les deux plus grands « supermarchés » de fournitures de bureau; il aurait créé une situation de monopole dans certains marchés et de duopoles dans d'autres.

---

[199] *FTC* v. *H. J. Heinz Co.* 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2001).

[200] Voir Kolasky et Dick (2002).

[201] *FTC* v. *Staples, Inc.* 970 F. Supp. 1066 (D.D.C 1997).

Dans l'affaire *Ivaco* (une coentreprise)[202], le tribunal a observé que les parties n'avaient pas sérieusement envisagé d'options moins anticoncurrentielles ni expliqué pourquoi les solutions de rechange n'étaient pas pratiques ou pas attrayantes. L'affaire concernait une coentreprise intégrale entre les deux principaux fabricants de bourreuses automatiques pour les chemins de fer.

5.7 Gains en efficience et autres restrictions de la concurrence

Les considérations liées aux gains en efficience jouent maintenant un rôle important dans l'analyse des accords horizontaux aux États-Unis. Le processus d'examen de ces accords est précisé dans les *Antitrust Guidelines for Collaborations between Competitors* (Lignes directrices antitrust concernant les collaborations entre concurrents) publiées conjointement par la FTC et le ministère de la Justice en avril 2000. D'emblée, l'existence de gains en efficience détermine si l'accord sera évalué en vertu du critère de l'illégalité en soi ou en vertu de la *règle de la raison*, plus souple. Si on ne peut pas conclure à la présence de gains en efficience ou d'avantages pour les consommateurs mais que la concurrence est entravée, l'accord sera contesté comme étant en soi illégal. La fixation des prix, le truquage d'offres et la répartition des marchés sont des exemples de tels accords. En revanche, si d'emblée il semble que l'accord apporte des avantages (c.-à-d. des gains en efficience) qui pourraient être favorables à la concurrence, tous les aspects de l'accord sont examinés de plus près. Parmi ce genre d'accords peuvent figurer la coopération à la recherche-développement ou des accords de production conjointe, lesquels peuvent produire des économies d'échelle ou de gamme. Comme avantages aux consommateurs, ces accords peuvent permettre une réduction des prix, une augmentation de la production, une meilleure qualité, un meilleur service ou davantage d'innovation[203].

Pour que les gains en efficience puissent être pris en considération, ils doivent être vérifiables, éventuellement favorables à la concurrence, raisonnablement nécessaires et non réalisables par

---

[202] *United States* v. *Ivaco, Inc.*, 704 F. Supp. 1409, 1420 (W.D. Mich. 1989). Voir OCDE/GD(96)65, note de bas de page 19.

[203] *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, ministère de la Justice des États-Unis et Federal Trade Commission, avril 2000, chapitre 2.

des moyens moins restrictifs. Bien que le ministère de la Justice et la FTC reconnaissent tous deux la difficulté qu'il y a à vérifier et quantifier les gains en efficience, les parties doivent décrire :

> [TRADUCTION]
> « comment et quand chaque gain en efficience serait réalisé et les coûts à encourir; comment chacun améliorerait l'aptitude de la collaboration ou des participants à livrer concurrence et leur incitation à le faire; et pourquoi l'accord en cause est raisonnablement nécessaire pour réaliser les gains en efficience invoqués. Les arguments fondés sur des gains en efficience ne sont pas pris en considération s'ils sont vagues et spéculatifs ou si de toute façon ils ne peuvent être vérifiés par des moyens raisonnables. »[204]

Si les parties ont satisfait à ces exigences, les organismes détermineront si les gains en efficience seraient suffisants pour compenser le préjudice possible pour les consommateurs du marché pertinent. Plus il faut du temps pour que les avantages des gains en efficience profitent aux consommateurs, moins ils reçoivent de poids. Par ailleurs, plus les effets anticoncurrentiels d'un accord sont important, plus les parties doivent démontrer des gains en efficience de grande ampleur.

De même, comme nous l'avons vu plus haut, des jugements comme *GTE Sylvania* ont fait en sorte que les organismes d'application de la loi et les tribunaux sont devenus beaucoup plus favorables aux arguments fondés sur les gains en efficience dans des accords verticaux qui pourraient s'avérer anticoncurrentiels.

Par contre, on peut probablement affirmer que les organismes et les tribunaux ne considèrent pas les gains en efficience comme contrepoids pour les effets anticoncurrentiels dans un calcul du surplus total. Dans chaque cas, il semblerait qu'il s'agit bien davantage de déterminer si l'accord ou la restriction produit en dernier ressort des avantages pour les consommateurs.

---

[204] *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, ministère de la Justice des États-Unis et Federal Trade Commission, avril 2000, para. 3.36.

5.8 Lignes directrices de l'Association des procureurs généraux des États-Unis

Comme nous l'avons vu plus haut, les procureurs généraux des États se penchent dans certains cas sur des affaires antitrust. La National Association of Attorneys-General (NAAG) (Association nationale des procureurs généraux) a publié ses propres lignes directrices[205] en partie en réaction à ce qui était perçu comme un relâchement des instances fédérales dans l'application de la loi à l'égard des affaires antitrust. De façon générale, les lignes directrices de la NAAG sont plus sévères envers les fusionnements, présumant des effets anticoncurrentiels dans des cas où la FTC et le ministère de la Justice ne le ferait pas. Fait important, ces lignes directrices semblent quelque peu moins favorables aux gains en efficience. Elles rejettent expressément les gains en efficience comme défense pour ce qui serait par ailleurs un fusionnement illégal et elles ne prennent pas les gains en efficience en considération si le marché est fortement concentré (ce qui peut être un critère moins exigeant que la présence d'un monopole ou d'un quasi-monopole).

6 Conclusion

Notre examen de ces quatre régimes a révélé des points communs, mais également de nombreuses différences quant à la prise en considération des gains en efficience dans l'examen des fusionnements. Le point commun le plus important et le plus frappant est le changement : les quatre administrations soit ont récemment publié de nouvelles lignes directrices touchant les gains en efficience (États-Unis), soit préparent des changements (Royaume-Uni), soit sont en plein débat sur la modification de leur approche (Australie et Union européenne). Il semblerait que les quatre se questionnent notamment quant à savoir quel poids donner aux gains en efficience face à une réduction de la concurrence.

Il est également vrai que les quatre régimes accordent de l'importance aux gains en efficience – et en général, une importance positive. C'est-à-dire que dans tous les cas, les arguments fondés sur les gains en efficience peuvent servir à faire autoriser un fusionnement qui pourrait

---

[205] National Association of Attorneys-General, *Horizontal Merger Guidelines*, 30 mars 1993, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶13,406. La NAAG n'est pas un organisme d'application de la loi et chaque État peut choisir d'observer ou non ses lignes directrices.

éventuellement entraîner un préjudice pour la concurrence. Cependant, la place laissée à ces arguments varie considérablement. Nous y reviendrons.

D'autres points communs touchent deux régimes à la fois. Nous en donnons ici trois exemples. D'abord, les États-Unis et l'Australie appliquent tous deux un critère de réduction sensible de la concurrence (RSC) pour déterminer si des fusionnements devraient être approuvés ou non. Par contre, l'Union européenne applique un critère de la dominance (comme le faisait l'Australie auparavant) et le Royaume-Uni, un critère de l'intérêt public. À mesure que l'Union européenne considérera davantage la dominance conjointe comme un problème important par contre, son critère en viendra à ressembler davantage au critère de la RSC. Deuxièmement, les États-Unis et l'Union européenne ont dans le passé connu des expériences où les gains en efficience semblent avoir pesé contre un fusionnement, de crainte qu'ils ne fassent en sorte que les autres entreprises auraient plus de difficulté à livrer concurrence. Il est important de noter que les États-Unis ont clairement renoncé à ce point de vue et que l'Union européenne semblerait tenter de s'en éloigner également. Troisièmement, à la fois l'Australie et le Royaume-Uni utilisent un critère de l'intérêt public ou des avantages pour le public du moins pour certains de leurs examens de fusionnement. Leur législation ne prévoit pourtant pas précisément ce que signifie l'intérêt public ou les avantages pour le public, ce qui donne aux autorités une grande latitude dans l'action (ou pour justifier l'inaction). Cela étant dit, les deux régimes semblent évoluer vers un traitement des intérêts ou avantages publics qui ressemble de près à la promotion de la concurrence et de l'efficience. D'autres facteurs comme l'emploi ou l'augmentation des exportations semblent perdre de leur importance.

Comme nous l'avons mentionné, la place laissée pour le recours aux gains en efficience à l'appui d'un fusionnement qui risque d'être anticoncurrentiel varie selon le cas. L'Union européenne a probablement été l'instance la moins favorable aux arguments fondés sur les gains en efficience lorsqu'ils ont été soulevés dans le passé, mais il faut signaler que son critère de la dominance est probablement moins restrictif envers les fusionnements en général que ne l'est le critère de la

RSC des États-Unis[206]. En un sens, on peut affirmer que les gains en efficience ont du moins dans une certaine mesure été pris en compte en relevant les seuils imposant l'examen d'un fusionnement. Le Règlement sur les concentrations de l'Union européenne impose également à la Commission européenne de prendre en considération « l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence » (article 2, paragraphe 1(b)). La Commission est ainsi tenue d'accorder au moins quelque attention aux gains en efficience dès lors que les consommateurs en profitent. De même, les lignes directrices américaines démontrent clairement une disposition à prendre en compte les gains en efficience au moment de déterminer s'il y a eu une RSC. Encore une fois cependant, il faut que les consommateurs en profitent (ou au moins qu'ils ne subissent pas de préjudice) avant que cela ne puisse servir à autoriser un fusionnement qui augmente la puissance commerciale.

En principe, les administrations qui accorderaient le plus d'importance aux gains en efficience seraient l'Australie et le Royaume-Uni, par le biais de leurs critères de l'intérêt public ou des avantages pour le public. Toutefois, même si ces critères semblent être axés davantage sur la concurrence et l'efficience, il est difficile de déterminer à quel point ces deux pays seront favorables aux gains en efficience lorsque la concurrence est réduite. En Australie du moins, il y a reconnaissance du fait que les avantages procurés au public peuvent compenser le préjudice subi par le public par suite d'une réduction de la concurrence.

Aucun de ces régimes ne prévoit expressément une défense fondée sur les gains en efficience intégrée à sa politique antitrust, comme c'est le cas au Canada. De plus, aucun n'applique un critère du surplus total. Cela étant dit et pour revenir sur un point que nous avons déjà exprimé, le traitement des gains en efficience continue d'évoluer dans tous ces régimes et ce, dans le sens de leur donner un plus grand rôle. Par exemple, comme nous l'avons vu plus haut, les lignes directrices américaines de 1997 sur les fusionnements permettent d'admettre un préjudice pour certains consommateurs pourvu que l'avantage des autres consommateurs soit supérieur. De

---

[206] En d'autres termes, aux États-Unis, tout fusionnement supposant des niveaux de concentration et autres conditions telles (selon les critères européens) qu'il y aurait une situation de dominance ne serait probablement pas un cas où les arguments fondés sur les gains en efficience seraient mieux reçus qu'ils ne le seraient dans l'UE.

même, les autorités australiennes semblent disposées à permettre une certaine perte au titre du surplus des consommateurs si les avantages pour le public (qui peuvent être en grande partie des gains en efficience) soient suffisants. De toute évidence, l'incorporation des gains en efficience dans l'examen des fusionnements est un aspect de la politique de concurrence qui pose de difficiles questions de politique auxquelles plusieurs administrations tentent toujours de trouver réponse. Nous surveillerons avec intérêt l'évolution de la question.

7 Bibliographie

Ahdar, Rex, « Consumers, Redistribution of Income and the Purpose of Competition Law », *European Competition Law Review*, n° 7, 2002.

Areeda, Philip E., John L. Solow and Herbert Hovenkamp, « Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application », *Aspen Law Business*, vol. IV, 1998.

Berry, Mark N., « Efficiencies and Horizontal Mergers: In Search of a Defense », *San Diego Law Review*, vol. 33: 515, 1996.

Bork, Robert, *The Antitrust Paradox*, New York: Basic Books, 1978.

Brittan, Sir Leon, *Competition Policy and Merger Control in the Single European Market*, Cambridge: Grotius Publications Limited, 1991.

Camesasca, Peter D.: « The Explicit Efficiency Defence in Merger Control: Does it Make the Difference », *European Competition Law Review*, Issue 1, 1999.

Church, Jeffrey and Roger Ware, *Industrial Organization: A Strategic Approach*, Toronto: Irwin McGraw-Hill, 2000.

Coase, Ronald, « The Nature of the Firm », *Economica*, 4, 1937, 386-405.

Corones, S.G., *Restrictive Trade Practices Law*, The Law Book Company Limited, 1994.

Corones, S. G., *Competition Law in Australia*, 2nd edition, LBC Information Services, 1999.

Gardner, Nick, *A Guide to United Kingdom and European Union Competition Policy*, Macmillan Press, 3rd edition, 2000.

Griffin, Joseph P. and Leeanne T. Sharp, « Efficiency Issues in Competition Analysis in Australia, The European Union, and the United States », *Antitrust Law Journal*, vol. 64, 1996.

Fejø, Jens: « *EU-konkurrenceret* », Jurist-og Oekonomforbundets Forlag, 1997.

Hildebrand, Doris: « The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules », *Kluwer Law International*, 1998.

Jenny, Frédéric, « EEC Merger Control: Economies as an Antitrust Defense or an Antitrust Attack? », *Fordham Corp. L. Inst.* , 1992.

Kolasky, William J. and Andrew R. Dick, « The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers », ministère de la Justice des États-Unis : http://www.usdoj.gov/atr/hmerger.htm, « Celebration of the 20th anniversary of the Guidelines », 10 juin 2002.

Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, 7e édition, 2000.

Lane, Robert, *EC Competition Law*, 2000, Pearson Education Limited.

Liebenstein, Harvey, « Allocative Efficiency vs. 'X-Efficiency' », *American Economic Review*, 56, 392-415.

McFetridge, Donald, « Merger Enforcement Under the Competition Act after Ten Years », *Review of Industrial Organization*, 13, 1998, 25-56.

Miller, R., *Miller's Annotated Trade Practices Act 1974*, Sydney, Lawbook Co., 23e édition, 2002.

Mueller, Dennis C. (ed.), *The Determinants and Effects of Mergers: An International Comparison*, Cambridge (Massachussetts), Oelgeschlager, Gunn & Hain Publishers, 1980.

Muris, Timothy J., « The Government and Merger Efficiencies: Still Hostile after All these Years », *George Mason Law Review*, 7, 1999.

Neven, Damien, Penelope Papandropoulous et Paul Seabrigth: « Trawling for Minnows: European Competition Policy and Agreements between firms », 1998, Londres, Centre for Economic Policy Research

Noël, Pierre-Emmanuel: « Efficiency considerations in the assessment of horizontal mergers under European and U.S. antitrust law », *European Competition Law Review*, 1997, novembre, vol. 18, no 8, art. 498-519.

Posner, Richard, *Antitrust Law*, (2e édition), Chicago, University of Chicago Press, 2001.

Rowley, Donald I., William J. Baker, *International Mergers – The Antitrust Process*, Sweet & Maxwell, Londres, 3e édition, 2000.

Röller, Lars-Hendrik, Johan Stennek and Frank Verboven, « Efficiency Gains from Mergers », *European Economy*, no 5, 2001

Warner, Mark A. A., « Efficiencies and Merger Review in Canada, the European Community, and the United States: Implications for Convergence and Harmonization », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 26, 1994.

Werden, Gregory, « An Economic Perspective on the Analysis of Meger Efficiencies », *Antitrust*, été 1997, 12-16.

Whish, Richard, *Competition Law*, 4e édition, Butterworths, 2001.

Wilks, Stephen, *In the Public Interest*, Manchester University Press, 1999.

Williams, Philip L. et Graeme Woodbridge, « Antitrust Merger Policy: Lessons from the Australian Experience », in T. Ito et A. Krueger (dir.), *Privatization, Corporate Governance and Transition Economies, East Asia Seminar on Economics*, vol. 12, National Bureau of Economic Research, Chicago, University of Chicago Press, à venir.

Williamson, Oliver E., « Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Trade-offs », *American Economic Review*, 58, 1968, 18-36.

Williamson, Oliver, E., « Transaction Cost Economics », in R. Schmalensee and R. Willig (eds.) *Handbook of Industrial Organization*, 1989, Amsterdam, North Holland, 135-182.

Lignes directrices, études gouvernementales et allocutions

Australie

Rapport : « Making markets work: Directions – into 2000 », ACCC, 1999.

Allocution du commissaire Ross Jones, « The Rationale for Merger Laws », au Thirteenth annual workshop of the Competition Law and Policy Institute of New Zealand, le 2 août 2002.

Merger Guidelines, juin 1999, ACCC.

Fels, Allen « Merger Law in Australia », ICN Merger Review Working Group, Analytical Framework Sub-Group, le 11 septembre 2002, http://www.internationalcompetitionnetwork.org/wg1_analytical_framework.html.

Royaume-Uni

« Mergers: A guide to procedures under the Fair Trading Act 1973 », Office of Fair Trading, édition 01/01.

Livre blanc : « A world Class Competition Regime », ministère du Commerce et de l'Industrie, juillet 2001.

« How the Commission Investigates », http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/role3.thm#rol2pub.

Allocution du président de la Competition Commission, Derek Morris, « Competition Policy and Regulation in the UK: A New Era », le 29 novembre 2000, Lancaster University, http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/chair.htm.

Union européenne
Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

Le règlement (CE) n° 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement. JO L 304 du 5.12.2000, p. 0007 – 0012.

Communication de la Commission : Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale (2001/C 3/02).

Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil et au règlement (CE) n° 447/98 de la Commission.

Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JO C 372 du 9.12.1997.

Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CEE) n° 4064/89.

Contrôle communautaire des opérations de concentration – Livre vert concernant la révision du règlement sur les concentrations, 1996

Livre vert sur la révision du Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, COM (2001)745, Bruxelles, 2001.

Formulaire CO relatif à la notification d'une concentration conformément au Règlement (CEE) n° 4064/89.

Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis) (Journal officiel C 368 du 22.12.2001).

Allocution du commissaire Mario Monti : « Review of the EC Merger Regulation – Roadmap for the reform project », conférence sur la réforme du contrôle communautaire des concentrations, le 4 juin 2002.

États-Unis
Horizontal Merger Guidelines 1997, ministère de la Justice des États-Unis et Federal Trade Commission.

Allocution du procureur général adjoint Charles A. James, « Antitrust in the Early 21st Century: Core Values and Convergence », Program on Antitrust Policy in the 21st Century, Bruxelles, le 15 mai 2002.

Allocution du président Robert Pitofsky, « Efficiencies in Defense of Mergers: 18 Months after », *George Mason Law Review*, Antitrust Symposium: The Changing Face of Efficiency, le 16 octobre 1998.

« Description of Analytical Framework under United States Merger Law », annexe d'un document de réflexion rédigé pour la Conférence de Naples de 2002, groupe de travail sur les fusionnements, sous-groupe du cadre analytique, Réseau international de la concurrence.

Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, publié par la Federal Trade Commission et le ministère de la Justice des États-Unis, avril 2000.

OCDE
OCDE/GD(96)65 « Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements »

Liste d'affaires judiciaires

Australie

Re Australian Pharmaceutical Industries Limited and Sigma Company Limited, A30215, 11 septembre 2002

Trade Practices Commission v. Ansett Transport Industries (Operations) Pty Ltd (1978) 32 F.L.R. 305

Arnotts Ltd v. TPC (1990) 24 FCR 313

Davids Holding Pty Ltd v Attorney-General (1994) 49 FCR 221; ATPR 41-304, 42,098

Email Ltd./Simpson Ltd. (1981) ATPR (CCH) ¶ 50-001.

Re Pasminco Ltd. (1988) ATPR (Com.) 50-082.

Re 7-Eleven Stores Pty Ltd (1994) ATPR 41-357

Re ACI Operations Pty Ltd (1991) ATPR (Com) 50-108

Re QCMA (1976) ATPR 40-012

Re Rural Traders Co-operative (WA) Ltd. & Ors. (1979), ATPR 40-110

Re Howard Smith, (1977) 15 ALR 645

Re Dupont, CA 95/23-24

Re Wattyl (Australia) Pty Ltd., Courtaulds (Australia) Pty Ltd. (1996) ATPR 50-232.

Re Davids Limited / QIW Limited, Case No: CA96/3

Re Adelaide Brighton/Cockburn Cement, A90682, date: 30 April 1999.

Union européenne
Renault/Volvo, 07.11.1990, affaire IV/M004

Europemballage et Continental Can c. Commission, aff. 6/72, Rec. 1973, p. 215

Décision de la Commission dans l'affaire Tetra Pak I, 26.7.1988, L 272/27

Aérospatiale-Alenia/de Havilland, décision de la commission 91/619/CEE du 2.10.1991

Accor/Wagons-lits, affaire IV/M.126, 1992 JO L 204, p. 1; 5 C.M.L.R. M13 (1993)

MSG Media Service, affaire IV/M.469

Danish Crown/Vestjyske Slagterier, décision de la Commission 2000/42/CE du 9.3.1999 (JO L 20, 25.1.2000)

Nordic Satellite Distribution, affaire IV/M.490, 5 C.M.L.R. 258 (1995)

Mercedes Benz/Kassbohrer, affaire IV/M.477 (14.2.1995), [1995] JO L211/1

Royaume-Uni
R. v. Secretary of State for Trade an dIndustry, ex p. Lonrho [1989] 1 W.L.R. 525

Berisford/British Sugar Corporation 1981 HC 241, mars 1981

Scottish & Newcastle/Matthew Brown (1985)

Rockwool Limited and Owens-Corning Building Products (UK) Limited, 07.05.99 (rapport sur le fusionnement proposé)

Capital Radio Plc and Virgin Radio Holdings Limited C3817, 13.01.1998 (rapport sur l'acquisition proposée)

Rockwool Limited and Owens-Corning Building Products (UK) Limited, 07.05.99 (rapport sur le fusionnement proposé)

Stagecoach Holdings plc/Chesterfield Transport (1989) Limited, 18.1.96 (résumé de l'affaire provenant de la Competition Commisson)

Swedish Match/Alleghany, Cm 227, 21.10.87

IMS Health Inc./Pharmaceutical Marketing Inc Cm 4261, 2001

Alanod Aluminium-Veredlung GmbH & Co/Metalloxyd Ano-Coil Ltd, Cm 4545 (2000)

États-Unis

Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294 (1962)

FTC v. Procter & Gamble Co. 386 U.S. 568 (1967)

U.S. v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963)

Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc. 479 U.S. 104 (1986)

U.S. v. General Dynamics Co., 415 U.S. 486 (1974)

U.S. v. International Harvester Co., 564 F.2d 769 (7th Cir. 1977)

Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc. 433 U.S. 36 (1977)

Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc. 441 U.S. 1 (1979)

United States v. Arnold Schwinn & Company, 388 U.S. 365 (1967)

FTC v. University Health, Inc. 938 F.2d 1206 (11th Cir. 1991)

U.S. v. Long Island Jewish Medical Center, 938 F. Supp. 121 (E.D.N.Y 1997)

FTC v. H. J. Heinz Co. 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2001)

U.S. v. Country Lakes Foods, Inc., 754 F. Supp. 669 (D. Minn. 1990)

FTC v. Staples, Inc. 970 F. Supp. 1066 (D.D.C 1997)

United States v. Ivaco, Inc., 704 F. Supp. 1409, 1420 (W.D. Mich. 1989)

8 Annexe A – Dispositions pertinentes sur les fusionnements en Australie

TRADE PRACTICES ACT 1974

Article 50 (1)-(3)

(1) A corporation must not directly or indirectly:

(a) acquire shares in the capital of a body corporate; or
(b) acquire any assets of a person;
if the acquisition would have the effect, or be likely to have the effect, of substantially lessening competition in a market.

(2) A person must not directly or indirectly:
(a) acquire shares in the capital of a corporation; or
(b) acquire any assets of a corporation;
if the acquisition would have the effect, or be likely to have the effect, of substantially lessening competition in a market.

(3) Without limiting the matters that may be taken into account for the purposes of subsections (1) and (2) in determining whether the acquisition would have the effect, or be likely to have the effect, of substantially lessening competition in a market, the following matters must be taken into account:

(a) the actual and potential level of import competition in the market;

(b) the height if barriers to entry to the market;

(c) the level of concentration in the market;

(d) the degree of countervailing power in the market;

(e) the likelihood that the acquisition would result in the acquirer being able to significantly and sustainably increase prices or profit margins;

(f) the extent to which substitutes are available in the market or are likely to be available in the market;

(g) the dynamic characteristics of the market, including growth, innovation and product differentiation;

(h) the likelihood that the acquisition would result in the removal from the market of a vigorous and effective competitor;

(i) the nature and extent of vertical integration in the market.

Article 50A(1)

(1) Where a person acquires, outside Australia, otherwise than by reason of the application of paragraph (8)(b), a controlling interest (the 'first controlling interest') in any body corporate and, by reason, but not necessarily by reason only, of the application of paragraph (8)(b) in relation to the first controlling, obtains a controlling interest ('the second controlling interest') in a corporation or each of two or more corporations, the Tribunal may, on the application of the Minister, the Commission or any other person, if the Tribunal is satisfied that –

(a) the person's obtaining of the second controlling interest would have the effect, or be likely to have the effect, of substantially lessening competition in a market; and

(b) the person's obtaining of the second controlling interest would not, in all the circumstances, result, or be likely to result, in such a benefit to the public that the obtaining should be disregarded for the purposes of this section, make a declaration accordingly.

Article 88

(9) Subject to this Part, the Commission may, upon application by or on behalf of a person:

(a) grant an authorisation to the person to acquire shares in the capital of a body corporate or to acquire assets of a person; or

(b) grant an authorisation to the person to acquire a controlling interest in a body corporate within the meaning of section 50A;

and, while such and authorisation remains in force:

(c) in the case of an authorisation under paragraph (a) – section 50 does not prevent the person from acquiring shares or assets in accordance with the authorisation; or

(d) in the case of an authorisation under paragraph (b) – section 50A does not, to the extent specified in the authorisation, apply in relation to the acquisition of that controlling interest.

Article 90

(9) The Commission shall not make a determination granting an authorisation under subsection 88(9) in respect of a proposed acquisition of shares in the capital body corporate or of assets of a person or in respect of the acquisition of a controlling interest in a body corporate within the meaning of section 50A unless it is satisfied in all the circumstances that the proposed acquisition would result, or be likely to result, in such a benefit to the public that the acquisition should be allowed to take place.

(9A) In determining what amounts to a benefit to the public for the purposes of subsection (9):

(a) the Commission must regard the following as benefits to the public (in addition to any other benefits to the public that may exist apart from this paragraph):

(i) a significant increase in the real value of exports;

(ii) a significant substitution of domestic products for imported good; and

(b) without limiting the matters that may be taken into account, the Commission must take into account all other relevant matter that relate to the international competitiveness of any Australian industry.

9 Annexe B – Dispositions pertinentes aux fusionnements dans l'Union européenne

Règlement sur les concentrations, 1989

Article 2

Appréciation des opérations de concentration

1. Les opérations de concentration visées par le présent règlement sont appréciées en fonction des dispositions qui suivent en vue d'établir si elles sont ou non compatibles avec le marché commun.

Dans cette appréciation, la Commission tient compte :

a) de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le marché commun au vu notamment de la structure de tous les marchés en cause et de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté;
b) de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence.

2. Les opérations de concentration qui ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées compatibles avec le marché commun.

3. Les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun.

Traité de la CE

Article 81

1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,

b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,

c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,

d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.
3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :
   - à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
   - à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
   - à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Article 82

Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;

b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,

c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

10 Annexe C – Dispositions pertinentes aux fusionnements au Royaume-Uni

Dispositions pertinentes de la *Fair Trading Act* de 1973

Article 64

A merger situation qualifying for investigation is taken to occur if:

(a) two or more enterprises cease to be distinct enterprises, or there are arrangements in progress which will lead to enterprises ceasing to be distinct;

(b) at least one of which was carried on in the United Kingdom or under the control of a body corporate incorporated in the United Kingdom;

(c) Either the merger has not yet taken place or it has taken place not more than four months before the reference is made, unless it took place without public notice and without the Secretary of State or the Director-General being told about it (in which case the four-month period starts from the announcement or the time the Secretary of State or the Director-General is told); and

(d) Either:

- Those enterprises would together supply or receive at least one-quarter of the goods or services of a particular description supplied in the United Kingdom or a substantial part of it; or,
- The value of the assets taken over exceeds £70 million.

Article 65

Enterprises are taken to cease to be distinct enterprises if either:

(a) they are brought under common ownership or common control – whether or not the business to which either of them formerly belonged continues to be carried on under the same or different ownership or control – or,

(b) either of the enterprises ceases to be carried on at all and does so in consequence of an arrangements or transaction entered into to prevent competition between the enterprises.

Enterprises are taken to be under 'common control' if they are:

(a) enterprises of interconnected bodies corporate; or,

(b) enterprises carried on by two or more bodies corporate of which one and the same person or group of persons has control; or,

(c) an enterprise carried on by a body corporate and an enterprise carried on by a person or group of persons having control of that body corporate.

A person is regarded as 'having control' of an enterprise if he is able directly or indirectly materially to influence the policy of that enterprise, although not having a controlling interest in it.

Article 73

If as a result of a reference to the Monopolies and Mergers Commission, a merger situation qualifying for investigation is found to exist and it is found that it operates or may be expected to operate against the public interest the Secretary of State is empowered to take action to remedy or prevent any adverse effects specified in the Commission's report.

Article 84

In determining whether any particular matter operates, or may be expected to operate, against public interest, the Commission shall take into account all matters which appear to them in the particular circumstances to be relevant and, among other things, shall have regard to the desirability

(a) Of maintaining and promoting effective competition between persons supplying goods and services in the United Kingdom;
(b) Of promoting the interests of consumers, purchasers and other users of goods and services in the United Kingdom in respect of the prices charged for them and in respect of their quality and the variety of goods and services supplied;
(c) Of promoting, through competition, the reduction of costs and the development and use of new techniques and new products, and of facilitating the entry of new competitors into existing markets;
(d) Of maintaining and promoting the balanced distribution of industry and employment in the United Kingdom; and
(e) Of maintaining and promoting competitive activity in markets outside the United Kingdom on the part of producers of goods and of suppliers of goods and services, in the United Kingdom.

11 Annexe D – Dispositions pertinentes aux fusionnements aux États-Unis

Dispositions pertinentes de la *Clayton Act* (15 U.S.C. § 18)

Article 7

No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.

No person shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of one or more persons engaged in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition, of such stocks or assets, or of the use of such stock by the voting or granting of proxies or otherwise, may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.

This section shall not apply to persons purchasing such stock solely for investment and not using the same by voting or otherwise to bring about, or in attempting to bring about, the substantial lessening of competition. Nor shall anything contained in this section prevent a corporation engaged in commerce or in any activity affecting commerce from causing the formation of subsidiary corporations for the actual carrying on of their immediate lawful business, or the natural and legitimate branches or extensions thereof, or from owning and holding all or a part of the stock of such subsidiary corporations, when the effect of such formation is not to substantially lessen competition.

Nor shall anything herein contained be construed to prohibit any common carrier subject to the laws to regulate commerce from aiding in the construction of branches or short lines so located as to become feeders to the main line of the company so aiding in such construction or from acquiring or owning all or any part of the stock of such branch lines, nor to prevent any such common carrier from acquiring and owning all or any part of the stock of a branch or short line constructed by an independent company where there is no substantial competition between the company owning the branch line so constructed and the company owning the main line acquiring the property or an interest therein, nor to prevent such common carrier from extending any of its lines through the medium of the acquisition of stock or otherwise of any other common carrier where there is no substantial competition between the company extending its lines and the company whose stock, property, or an interest therein is so acquired.

Nothing contained in this section shall be held to affect or impair any tight heretofore legally acquired: Provided, That nothing in this section shall be held or construed to authorize or make lawful anything heretofore prohibited or make illegal by the antitrust laws, nor to exempt any person from the penal provisions thereof or the civil remedies therein provided.

Nothing contained in this section shall apply to transactions duly consummated pursuant to authority given by the Secretary of Transportation, Federal Communications Commission, Federal Power Commission, Interstate Commerce Commission, the Securities and Exchange Commission in the exercise of its jurisdiction under section 79j of this title, the United States Maritime Commission, or the Secretary of Agriculture under any statutory provision vesting such power in such Commission or Secretary.